

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

Programa de Pós Graduação em Direito

Mestrado em Direito Processual Civil

SÂNDALO VIANNA DOS SANTOS JUNIOR

**A RELAÇÃO ENTRE O CONTRADITÓRIO E A FUNDAMENTAÇÃO DAS
DECISÕES NO PROCESSO CIVIL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Vitória – ES

2013

SÂNDALO VIANNA DOS SANTOS JUNIOR

A RELAÇÃO ENTRE O CONTRADITÓRIO E A FUNDAMENTAÇÃO DAS
DECISÕES NO PROCESSO CIVIL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa
de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal do Espírito Santo,
como requisito parcial para a obtenção
do título de Mestre em Direito na área de
concentração Direito Processual Civil.

Professor Orientador: Dr. José Pedro
Luchi.

SÂNDALO VIANNA DOS SANTOS JUNIOR

A RELAÇÃO ENTRE O CONTRADITÓRIO E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO PROCESSO CIVIL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Direito Processual Civil.

Aprovada em 04 de junho de 2013.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. José Pedro Luchi
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Profª. Drª. Valesca Raizer Borges Moschen
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Fredie Souza Didier Junior
Universidade de São Paulo

AGRADECIMENTOS

A possibilidade de obter o conhecimento por si só já é motivo de celebração. A construção e reconstrução dos próprios alicerces a partir do contato com a vivência do outro é, para mim, algo dentre o mais belo que há no mundo. Como são várias as pessoas que afetam um projeto (de vida), neste pequeno espaço simbolizarei minha retribuição para além do suporte acadêmico recebido. Acho difícil separar os créditos por nomes e as contribuições por categoria. O apoio recebido nestes anos, oriundos das diversas pessoas com quem tive contato, por vezes, extrapolou o compartilhamento de informações científicas. Por isso, agradecerei de acordo com as relações que vivi, pensando naqueles que cruzaram seu caminho com o meu durante este percurso.

De início, aos que permitiram o meu aprendizado pelo acesso a sua bagagem cultural e intelectual, ao expor seu entendimento sobre cada uma das questões encaradas ao longo desta fase da vida, obrigado.

Já, àqueles que não se satisfizeram diante do comezinho, regozijando-se com a oportunidade de influenciar e cativar, por suas crenças e convicções, amparadas em razões políticas, morais, sociais, éticas, pragmáticas, técnicas, científicas e até íntimas, compartilhando-as com seus circundantes, para estes, muito obrigado.

Por fim, destaco os indivíduos que, além de repartirem um pedaço seu com o exterior, tiveram a humildade (e toda a sabedoria que aí reside) de se abrirem à influência dos parceiros de jornada. São das pessoas que enxergaram no próximo não apenas um neófito ou uma autoridade, mas antes um colega, um semelhante, dotado de diverso conteúdo, igualmente digno de respeito e atenção, que levo a mais significativa prenda. Para tais sim, a minha eterna gratidão. Com estes aprendi para a vida.

As palavras acima não se aplicam apenas aos membros da comunidade acadêmica. Tocam também àqueles que, nos mais diversos campos da vida, me agraciaram com seu apoio, seu estímulo e sua compreensão. Por isso mesmo afirmo que neste período o maior beneficiado foi meu entendimento de mundo, e não minha capacidade técnico-científica. E tal é o razão pela qual mais saúdo o presente momento. Por isto cabe citar abaixo alguns nomes, apesar de tal conduta sempre flertar com o pecado do esquecimento.

Aos colegas Adriano Athayde Coutinho, Arthur Daher Colodetti, Bruno Castello Miguel, Claudio Ferreira Ferraz, Debora Ceciliotti Barcelos, Deborah Maria Akel Mameri, Felipe Teles Santana, Hélio João Pepe de Moraes, Leonardo Miranda Maioli, Maria

Priscila Mendonça Furtado, Julia Fiorin de Vasconcellos, Natália Bastos Bechepeche Antar e Vitor Soares Silveiras.

Um abraço especial à Osly da Silva Ferreira Neto, Roberto Antônio Darós Malaquias, Layla Gonçalves Hatab, Fernanda Brasileiro de Almeida, Luciano Marchesi Marques, Dhayane Nunes e Gabriela Sarria, por dedicarem um cuidado extraordinário sempre que necessário.

Aos Professores Dr. Angel Rafael Mariño Castellanos, Dr. Bruno Silveira de Oliveira, Dr. Flávio Cheim Jorge, Dr. Geovany Cardoso Jeveux, Dr. Hermes Zaneti Junior, Dr. Jäder Ferreira Guimarães, Dr. Marcelo Abelha Rodrigues, Dr^a. Margareth Vetis Zaganelli, Dr. Tárek Moysés Moussalem.

Também especial é o agradecimento ao meu Orientador, Dr. José Pedro Luchi, bem como à professora Dr^a. Valesca Raizer Borges Moschen, os quais foram extremamente atenciosos. Saibam que me legam o exemplo maior de seriedade, de compromisso e de dedicação.

Ainda, ao Professor Dr. Fredie Didier Junior, que colaborou com o trabalho com todo o esmero, ao participar da banca no exame de defesa do trabalho em questão. Sua impagável participação assegurou que a admiração ao outro se transformasse em retribuição própria.

Por fim, como não poderia deixar de ser, agradeço à minha família, especialmente aos meus pais, por tudo até hoje, mas essencialmente pelo amparo e cuidado conferidos nessa fase. Jamais passará despercebido como vivem para si a vida de seus filhos e, por isso, a glória é nossa.

Às minhas irmãs e a seus maridos (também meus irmãos) pelo imprescindível estímulo e troca de experiências.

Aos meus amigos, que entenderam os limites que tal fase me impôs, e ainda assim por partilharem minhas frustrações e expectativas.

À Flávia, meu amor, por compreender, por apoiar, por cuidar, por ouvir, por falar, por dividir, por acrescentar, por orientar, por incentivar, por ser, por estar,... ; enfim, simplesmente, por me brindar com coisas inestimáveis que só a companhia de alguém tão especial traz.

A cada dia e, singularmente, hoje, a eles, minha incomensurável gratidão, meu mais caro apreço e meu mais puro amor.

EPÍGRAFE

“Compreender que há outros pontos de vista é o início da sabedoria.”

Joseph Campbell

“Se você é neutro em situações de injustiça, você escolhe o lado do opressor.”

Desmond Tutu

“Só há duas opções na vida: se resignar ou se indignar. E eu não vou me resignar nunca.”

Darci Ribeiro

“Aprendi que um homem só tem o direito de olhar um outro de cima para baixo para ajudá-lo a levantar-se.”

Johnny Welch

“A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar.”

Eduardo Galeano

RESUMO

Examina-se a relação entre o contraditório e a fundamentação das decisões como eixo metodológico necessário à adequação do processo civil no Estado Democrático de Direito. O objetivo é conferir ao processo um caráter participativo, colaborativo, comunicativo, argumentativo e racional capaz de proporcionar meio e resultado dotados de legitimidade democrática. Emprega-se como marco teórico a teoria do discurso de Jürgen Habermas. Inicialmente são investigadas as bases da conexão em epígrafe, perscrutando-se o neoconstitucionalismo, o Estado de Direito, a democracia e a teoria dos direitos fundamentais. Daí se extrai que o processo precisa se amoldar à noção constitucional de devido processo legal, no qual se encontram os direitos fundamentais ao contraditório e à fundamentação das decisões. Da análise contingenciada do contraditório conclui-se que seu conteúdo abrange os direitos de informação e de reação; de paridade de armas; de participação ativa; a garantia de influência e a proibição de decisão surpresa; bem como o dever de colaboração, acarretando aos sujeitos processuais um dever de diálogo. O contraditório se irradia por todo o processo sendo encontrado nas modalidades prévia, postergada ou diferida, eventual, preventiva e mitigada. Quanto à fundamentação das decisões, esta deve analisar e resolver os debates acerca das questões de fato e de direito, considerando, nas razões da decisão, os argumentos discutidos. Possui funções endoprocessuais e extraprocessuais que permitem o controle do curso e do final do processo, devendo justificar a decisão judicial, para que esta seja racionalmente aceitável, ou seja, legítima. Após, aprofunda-se no vínculo entre o contraditório e a fundamentação das decisões a partir de várias perspectivas, trançando-se ligações genéricas; demonstrativa; semântica e pragmática; argumentativa; comunicacional; axiológicas e teleológicas; democrática; e de complementaridade. O referido nexos se mostra indispensável a um processo civil permeado pela participação, pelo diálogo, pela comunicação intersubjetiva, pela cooperação, e pela argumentação racional, conferindo-lhe a cogente legitimidade democrática. Ao final, são colocadas situações de aplicação da técnica jurídica nas quais o laço contraditório-fundamentação das decisões serve de parâmetro para resultados adequados à noção de Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Contraditório. Fundamentação da decisão. Democracia. Direitos fundamentais. Devido processo legal. Teoria do discurso. Processo civil.

ABSTRACT

It examines the relationship between the contradictory reasons for decisions and axis as necessary methodological adequacy of civil procedure in a democratic state. The goal is to give the process a participatory nature, collaborative, communicative, argumentative, rational and capable of delivering results through endowed with democratic legitimacy. It is used as a theoretical discourse theory of Jürgen Habermas. Initially we investigated the basis of the connection title, peering up the neoconstitutionalism, the rule of law, democracy and fundamental rights theory. It is extracted that the process needs to conform to the constitutional notion of due process, which are the fundamental rights of appeal and the reasons for decisions. Analysis contingent the contradictory conclusion that they cover the rights of information and of reaction; parity of arms; active participation, ensuring influence and the banning of surprise decision, as well as the duty to cooperate, leading to procedural subjects a duty dialog. The contradictory radiates through the whole process being found in previous methods, postponed or deferred, and possible. As to reasons for decisions, it must analyze and resolve debates about the issues of fact and law, considering the reasons for the decision, the arguments discussed. Features and functions endoprocessuais extraprocessuais that allow control of the course and the end of the process and should justify the ruling, so that it is rationally acceptable, ie legitimate. After, deepens the bond between the adversarial and reasons for decisions from multiple perspectives, weaving up generic links, demonstrative, semantics and pragmatics; argumentative; communication; axiological and teleological; democratic, and complementarity. That nexus is indispensable to a civil permeated by participation, by dialogue, intersubjective communication, cooperation, and by rational argument, giving it a cogent democratic legitimacy. At the end, are placed in situations application of legal technique in which the tie-contradictory reasons for decisions serves as a parameter to the appropriate results to the notion of a democratic state.

Keywords: Contradictory. Reasons for the decision. Democracy. Fundamental rights. Due process of law. Discourse theory. Civil procedure.

LISTA DE ABREVIATURAS

A. – Ano
Ag. – Agravo
AgR – Agravo Regimental
AI – Agravo de Instrumento
Art. – Artigo
CF/88 – Constituição Federal de 1988
Coord. – Coordenador
CPC – Código de Processo Civil
D.J. – Diário da Justiça
Ed. – Edição
Emb. Dec. – Embargos de Declaração
Inc. – Inciso
J. – Julgado
Min. – Ministro
N. – Número
Org. – Organizador
P. – Página
Parág. ún. – Parágrafo único
PLS – Projeto de Lei do Senado
RE. – Recurso Extraordinário
Rel. - Relator
REsp. – Recurso Especial
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
T. – Turma
Trad. – Tradução
V. – Volume

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	ESTADO DE DIREITO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO: OS PARÂMETROS CONFORMADORES DO PROCESSO CIVIL	21
2.1	O NEOCONSTITUCIONALISMO	21
2.2	ESTADO DE DIREITO	26
2.3	DEMOCRACIA	28
2.4	A RELAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS	31
2.4.1	Democracia e direitos fundamentais processuais	35
3	A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: AS CARACTERÍSTICAS GENÉRICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS AO CONTRADITÓRIO E À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES	39
3.1	PROPEDÊUTICA.....	39
3.2	GERAÇÕES OU DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	40
3.3	DIMENSÕES OU PERSPECTIVAS SUBJETIVA E OBJETIVA	42
3.3.1	A perspectiva subjetiva	43
3.3.2	A perspectiva objetiva.....	44
3.4	A MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	45
3.4.1	A teoria dos <i>status</i>	46
3.4.2	O <i>status activus processualis</i>	50
3.5	CONSEQUÊNCIAS DA <i>JUSFUNDAMENTABILIDADE</i> DOS DIREITOS PROCESSUAIS	54

4	CONSTITUIÇÃO, PROCEDIMENTO E PROCESSO: O ÂMBITO DE INTERAÇÃO ENTRE O CONTRADITÓRIO E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES	59
4.1	CONSTITUIÇÃO E PROCESSO	59
4.2	PROCEDIMENTO E PROCESSO	60
4.3	O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	65
4.3.1	Texto elaborado como cláusula geral	69
4.3.2	Norma jurídica do tipo princípio	70
4.3.3	Eficácia	72
4.3.4	Conteúdo.....	74
5	O DIREITO AO CONTRADITÓRIO	80
5.1	O PROCESSO E O CONTRADITÓRIO: EVOLUÇÃO CONCEITUAL	80
5.2	ALCANCE E CONTEÚDO DO DIREITO AO CONTRADITÓRIO	84
5.2.1	O binômio informação-reação: a defesa da parte e a igualdade formal assegurados pela bilateralidade de audiência.....	88
5.2.2	O direito à paridade de armas	90
5.2.3	O direito de participação	92
5.2.4	O direito de influência e a proibição de decisões surpresa ou juízos de terceira via	93
5.2.5	O dever de colaboração ou cooperação entre os sujeitos processuais.....	96
5.3	A AMPLA IRRADIAÇÃO DO CONTRADITÓRIO NO CURSO DO PROCESSO CIVIL	100
5.4	AS MODALIDADES DE CONTRADITÓRIO	103
5.5	O CONTRADITÓRIO COMO PONTO DE INTERSEÇÃO ENTRE O DIREITO, A MORAL, E A POLÍTICA	105

5.6	O CONTRADITÓRIO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	109
6	O DIREITO À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES	112
6.1	O ATO DA DECISÃO JUDICIAL	112
6.2	A FUNDAMENTAÇÃO OU MOTIVAÇÃO: REQUISITO OU ELEMENTO DO ATO DA DECISÃO JUDICIAL	115
6.2.1	O conteúdo da fundamentação ou motivação: o objeto analisado	115
6.2.2	A extensão da fundamentação ou motivação: a concisão	125
6.3	O DIREITO À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	126
6.3.1	As funções do direito à fundamentação das decisões	128
6.3.1.1	A função endoprocessual	129
6.3.1.2	A função extraprocessual	134
6.4	A RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL	137
6.4.1	A importância da fundamentação das decisões para a questão da racionalidade	142
6.5	OS VÍCIOS NA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL	145
7	A DIVERSIDADE DE PERSPECTIVAS SOBRE A CONEXÃO CONTRADITÓRIO-FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES	151
7.1	RELAÇÕES GENÉRICAS	151
7.2	RELAÇÃO DEMONSTRATIVA	153
7.3	RELAÇÕES SEMÂNTICAS E PRAGMÁTICAS	155
7.4	RELAÇÃO ARGUMENTATIVA	159
7.5	RELAÇÃO COMUNICACIONAL	162
7.6	RELAÇÕES AXIOLÓGICAS E TELEOLÓGICAS	166

7.7	RELAÇÃO DEMOCRÁTICA	168
7.8	RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIDADE	171
8	ALGUMAS APLICAÇÕES TÉCNICAS PERTINENTES	177
8.1	A MEDIDA LIMINAR <i>INAUDITA ALTERA PARTE</i>	177
8.2	A DELIMITAÇÃO DO OBJETO LITIGIOSO DO PROCESSO.....	180
8.3	AS QUESTÕES RECONHECÍVEIS DE OFÍCIO.....	184
8.4	O DIREITO ÀS PROVAS.....	186
8.5	A AFERIÇÃO DA CONGRUÊNCIA DA DECISÃO JUDICIAL	190
8.6	O SISTEMA DE NULIDADES	195
8.7	A INTERVENÇÃO DO <i>AMICUS CURIAE</i>	197
8.8	A IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	199
8.9	O PROCESSO OU FASE DE EXECUÇÃO	204
9	CONCLUSÃO	206
10	REFERÊNCIAS	215

1 INTRODUÇÃO

Em 05 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil instituiu o Estado Democrático de Direito. As expectativas gerais do momento foram transferidas para o texto da própria Carta Magna, inaugurando no país uma era promissora fundada na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político.

Passado o instante da conquista, veio a época da aprendizagem. Lidar com a responsabilidade carregada pela liberdade e assumir o compromisso da busca pela igualdade revelaram-se tarefas complexas. Mas, tal empreendimento precisa ser encarado como uma tarefa diária, como um esforço conjunto, como um projeto inacabado. Infundável, como todo aprendizado, a lida dos cidadãos e das instituições com a emancipação democrática requer cuidado e esforços contínuos.

De outro modo não há como ser. Não se pode esperar que a mera publicação em veículo oficial de imprensa seja capaz de transformar, instantaneamente, um país e as pessoas que o formam. Dia a dia, o comportamento precisa ser reeducado e a cultura reconstruída rumo ao desejado.

O mesmo se dá com o sistema de direitos. Em que pese a atuação constante do controle de constitucionalidade das normas e dos atos jurídicos, certas práticas permanecem coloridas por um matiz antidemocrático.

Defrontando tal realidade, este trabalho busca justamente examinar a consonância entre o direito processual civil e a noção de Estado Democrático de Direito. Afinal, a legislação diretora do ramo jurídico em comento data do ano de 1973, tendo sido instituída sob a égide do regime autoritário que assolava o país.

As diversas reformas pelas quais passou o Código de Processo Civil tiveram o cuidado de remediar vários aspectos do sistema processual, os quais precisavam de um novo regime, todavia as ideias de participação, pluralismo e colaboração ainda não foram objeto de qualquer movimento reformista. É como se a democracia, outrora inspiradora, agora fosse um detalhe, rememorado ao sabor da conveniência.

O discurso jurídico hodierno ainda encontra resquícios ideológicos do Estado liberal em que as partes envolvidas no debate jurisdicional se orientam por posturas individualistas. Assim, acaba por privilegiar a astúcia dos litigantes em detrimento do diálogo, sendo tratado, o processo, como um jogo ou uma luta entre os participantes

do debate. Favorecem-se, neste quadro, os litigantes habituais, detentores da maior parcela do poder, quer este em sua feição política, econômica, midiática ou técnica.

Por outro lado, a jurisdição, quando escorada na visão do Estado social, é vista como mero instrumento de poder a disposição dos poderes públicos, para que estes possam “revelar” o direito. Obviamente tal concepção acarreta a concentração de poderes nas mãos de uma suposta casta esclarecida, técnica e cientificamente, a qual termina por impor seus valores particulares nas escolhas e decisões destinadas à coletividade. Nesse sentido, o sistema de direitos acaba sendo reconstruído pela visão solitária de julgadores que, por mais que preenchidos das melhores intenções, não podem, sozinhos, corresponder aos anseios de uma sociedade complexa e plural. Ademais, não cabe a qualquer homem a missão olhar apenas para suas pré-compreensões e dizer, por seus pares, aquilo que é o bom, o justo e o correto.

Tais posturas são deveras inconsistentes com o caráter multifacetário da sociedade contemporânea, não passando de apoio para a perpetuação da marginalização dos demais indivíduos. Seja pela indiferença liberal ou pelo paternalismo social republicano, é manifesta a dissonância com as normas constitucionais, as quais, desde o advento da Constituição Federal de 1988, fundam-se num sistema de direitos aberto ao diálogo procedimental democratizado.

Portanto, urge a aplicação de uma racionalidade dialógica e argumentativa a ser impressa no processo judicial com o fito de alcançar provimentos jurisdicionais carregados de maior legitimidade, incluído a participação dos sujeitos envolvidos na formação da vontade estatal, expressa por uma sentença judicial construída comunicativamente ao longo de procedimentos racionais. Com isto, busca-se um diálogo voltado ao entendimento mútuo.

Uma releitura do direito processual à luz do mencionado foco permite a efetivação de uma democracia deliberativa, por meio de um diálogo institucionalizado, a ser travado no âmbito do processo judicial. Este, tido como um local de esfera pública, em que as posições singulares dos participantes podem ser defendidas e contestadas abertamente, por uma prática argumentativa racional, balizada por normas procedimentais previamente estabelecidas.

Para o intento mencionado a obra Jürgen Habermas parece conferir um instrumental teórico de grande valia, razão pela qual será tomada como marco neste estudo. Partir-se-á, em especial, das posturas adotadas em “Direito e democracia: entre facticidade e validade”.

O enlace entre as questões aventadas será feito no âmago da sua teoria discursiva, de viés procedimental, a qual, com fulcro na razão comunicativa, mantém o prisma dialógico entre os membros de uma comunidade jurídica, incluídos aí todos os integrantes de determinada sociedade.

Entrementes, para assegurar as condições do discurso democrático, os direitos fundamentais surgem como imprescindíveis, devendo ser efetivamente garantidos. Só assim, os cidadãos, destinatários dos direitos positivados, poderão exercer, de forma livre e igual, tanto a sua autonomia privada, perseguindo o próprio ideal de bem viver; quanto a sua autonomia pública, participando discursivamente da autoria das normas do sistema de direitos.

De modo geral, a pesquisa pretende analisar mecanismos processuais aos quais se credita a aptidão para orientar um formato de processo judicial mais coerente com o Estado Democrático de Direito. Busca-se uma tutela jurisdicional amparada pela comunicação intersubjetiva, na qual o diálogo e a colaboração surgem como elementos indispensáveis à sua racionalidade e legitimidade.

Isso recairá na clarificação das condições de um diálogo institucionalizado entre os cidadãos, pondo em pauta a relação entre a democracia e os direitos fundamentais. Analisar-se-ão os reflexos da citada conexão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais no campo jurisdicional, verificando-se a possibilidade de um discurso processual democratizado.

Pretende-se, com isso, resgatar o papel do direito, enquanto categoria linguística de mediação social, responsável pela emancipação dos cidadãos por meio de uma participação procedimental ativa, de caráter aberto e plural.

A função de mediador entre os sistemas sociais, típica do Direito em sociedades marcadas pela secularização e pelo pluralismo, só pode se dar quando a esperada estabilização das condutas não é mais sustentada pela simples coação estatal, e sim pelo reconhecimento das normas como aceitáveis racionalmente.

Assim, a normatividade jurídica, aqui incluída aquela derivada do provimento jurisdicional, deve ser justificada de forma intersubjetiva, para que seja racionalmente aceita por aqueles que suportarão seus efeitos, sendo, além de legal, legítima.

Ora, tendo em conta as supramencionadas condições para a prática de uma racionalidade comunicativa e, por conseguinte, de um discurso jurídico processual democrático e legítimo, ficam as seguintes questões: Considerando o parâmetro

constitucionalmente previsto do Estado Democrático de Direito, estaria o sistema de processo civil vigente no país apto a gerar provimentos jurisdicionais legítimos e racionais? O ordenamento jurídico nacional prevê meios para uma prática jurídica fundada na comunicação intersubjetiva na formação das decisões judiciais? Se o prevê, quais seriam os institutos jurídicos que permitem uma reconstrução do direito calcada na efetiva participação democrática dos destinatários das normas de direito? Quais as condições de comunicação elementares para que o processo judicial possa culminar em decisões legítimas e racionais? Como é possível orientar o processo a partir de uma racionalidade comunicativa a fim de que o objeto do debate seja talhado pela atividade conjunta dos interessados?

As respostas aos problemas em comento parecem residir no conceito de processo justo, também denominado, devido processo legal. Mas, principalmente, dentre os diversos institutos jurídicos que derivam de tal noção, acredita-se que o contraditório e a fundamentação das decisões devem ser vistos como estandartes de um direito processual civil dotado de legitimidade democrática.

Tais institutos foram destacados pelo constituinte como garantias básicas previstas no inciso LV, do artigo 5º, que estabelece o princípio do contraditório; além do dever de fundamentação das decisões, inserido no inciso IX do artigo 93.

Todavia, é importante ressaltar que os citados mecanismos do direito processual precisam ser reanalisados aos olhos da razão comunicativa e do princípio democrático, priorizando-se um discurso jurídico dialógico e participativo, pautado na mútua influência entre os sujeitos processuais, a partir de argumentos racionalmente aceitáveis.

Logo, não se trata de um contraditório meramente defensivo, e sim de uma participação simétrica e paritária, que possa influenciar na construção do provimento jurisdicional, de modo colaborativo, sem qualquer decisão surpresa; bem como, no tocante à fundamentação das decisões, esta precisa ser efetiva e racional, proporcionando a abertura do discurso jurídico normativo ao controle social do poder.

O contraditório será examinado como garantia de participação dos envolvidos no processo de tomada de decisão, aqui entendida como provimento jurisdicional construído de forma paritária e colaborada entre os sujeitos processuais.

Entretanto, para que os destinatários do comando jurisdicional a ser emitido possam se considerar como coautores do provimento exarado a sua participação

precisa ser efetiva. Em outras palavras, é imprescindível que a decisão considere a influência das razões levantadas pelas partes, de modo a não surpreendê-las com fundamentos arbitrários, não debatidos anteriormente. Só assim é possível garantir a legitimidade decisória estatal.

Mas como assegurar que os argumentos postos pelas partes foram realmente levados em conta no momento decisório?

É nesse ponto que o direito à fundamentação adequada das decisões se encaixa, a fim de aclarar a racionalidade das manifestações jurisdicionais, proporcionando a aceitabilidade necessária, a qual precisa ser aferida tanto por parte dos diretamente envolvidos, quanto pelo restante da sociedade submetida ao sistema de direitos.

Esta relação umbilical entre os mencionados preceitos basilares do diálogo processual assegura que os argumentos postos por cada um dos sujeitos envolvidos sejam efetivamente considerados no propósito de se construir em juízo um provimento estatal de caráter intersubjetivo. Apenas de tal maneira aqueles que serão atingidos pelos efeitos do ato final do processo poderão encarar a decisão judicial como um produto lapidado a partir das razões que eles mesmos apresentaram ao longo da dinâmica processual. A comprovada consideração de alegações constitutivas, impeditivas, modificativas e extintivas de um direito reclamado, bem como a efetiva participação na demarcação das questões de fato e de direito discutidas são os elementos fulcrais na legitimidade do agir jurisdicional.

Em face disto, questiona-se se a atual sistemática processual civil está apta a fornecer uma tutela jurisdicional que enfoque o caráter participativo, intersubjetivo, comunicativo e colaborativo, coerente com o paradigma do Estado Democrático de Direito. E ainda, tendo em vista tal modelo estatal, como assegurar um processo civil de resultados legítimos?

Na busca de respostas, a presente pesquisa, de natureza qualitativa e bibliográfica, partirá dos seguintes pensamentos: a) o Brasil é um Estado de Direito constitucional e democrático; b) a Constituição conforma todo o sistema de direitos; c) o princípio democrático constitucional deve orientar a interpretação e aplicação do direito; d) os direitos fundamentais também devem se relacionar com o princípio democrático; e) no âmbito do discurso jurídico os direitos fundamentais especialmente responsáveis por garantir a participação racional dos sujeitos são aqueles de natureza processual; f) o princípio do devido processo legal é um destes

direitos processuais fundamentais, de modo que o discurso jurídico só pode se desenvolver com a sua obediência; i) os direitos ao contraditório e à fundamentação das decisões fazem parte do conteúdo do direito fundamental ao devido processo legal; j) os direitos ao contraditório e à fundamentação das decisões devem permitir a participação racional dos sujeitos em processos judiciais democratizados a fim de se obter decisões legítimas.

A validade destas assertivas, bem como a conexão lógica entre elas, será examinada ao longo do trabalho.

De tal feita, a investigação terá o contraditório e a fundamentação das decisões como mote para o exame do direito processual civil no Estado Democrático de Direito. Afinal, acredita-se que tais garantias processuais podem proporcionar a devida participação dos sujeitos interessados no âmbito jurisdicional, a fim de gerar decisões judiciais racionalmente aceitáveis, em conformidade com a ideia de um Estado Democrático de Direito.

De início, vale perscrutar a noção de Estado de direito constitucional e democrático. Para tanto, em primeiro, analisar-se-á o constitucionalismo hodierno, surgido após o último pós-guerra, o qual recebe a denominação de neoconstitucionalismo. Serão abordadas as suas características básicas e como elas interferem na própria interpretação e aplicação do direito. Após, seguirá o estudo pelas noções de Estado de Direito e de democracia, para que se entenda o reflexo destes sobre a atuação jurisdicional. Então, a aproximação entre a democracia e os direitos fundamentais se fará indispensável para aclarar a ideia de um direito legítimo, momento em que os direitos fundamentais surgirão como condições de comunicação para um debate democrático.

Adiante, considerando a relação dos direitos fundamentais com o tema deste trabalho, aprofundar-se-á no seu estudo, incluindo distinções terminológicas e classificatórias. Principalmente, será examinada a multifuncionalidade de tais direitos a fim de se obter a melhor perspectiva quanto à extensão do significado dos direitos fundamentais processuais. Ao mesmo tempo, com base no *status activus processualis* de Peter Häberle, será perscrutada a possibilidade de participação ativa do cidadão no Estado por intermédio de direitos pelo procedimento, concernentes aos direitos de acesso à função jurisdicional, e de direitos no procedimento, caracterizados pelo devido processo legal.

Já no ponto seguinte será possível relacionar procedimento e processo, conceituando-os, a fim de aclarar o ambiente no qual se busca as respostas deste estudo. Com espeque em Elio Fazzalari, a noção de processo remeterá ao contraditório, como seu elemento caracterizador. No entanto, a inseparável ligação entre Constituição e processo civil demonstrará a existência de um modelo constitucional de processo, natural à ideia de processo justo. Aí, dissecar o princípio do devido processo legal, a fim de verificar o sítio dos direitos ao contraditório e à fundamentação das decisões, torna-se inarredável.

Em continuidade, adentrar-se-á com mais vagar no contraditório, demonstrando como este obtém lugar central na teoria do processo, principalmente diante do paradigma democrático. Será frisada a sua nova faceta, agora não mais relegada à mera manifestação formal, e sim voltada à imprescindível participação, simétrica, paritária e cooperativa em todos os atos e fases do itinerário processual. Será visto como ele agora se apresenta, revelando-se um verdadeiro poder de influência das partes sobre o conteúdo debatido, com o fito de afastar quaisquer decisões de caráter surpresa, o que acaba por conferir contornos colaborativos ao processo civil.

De maneira semelhante, o curso do trabalho recairá sobre a fundamentação das decisões, a fim de salientar, além da sua função de controle, o seu primordial papel no diálogo processualizado, proporcionando a legitimidade do exercício jurisdicional. Será investigada a importância da justificação da decisão judicial para a sua aceitabilidade racional, necessária à legitimidade.

Enfim, será aclarado o quão íntimo são o contraditório e a fundamentação das decisões, desvelando a essência de seu vínculo, e por que este é imprescindível à legitimidade dos provimentos jurisdicionais. Tal será o instante de observar as diversas perspectivas do nexa em pauta, avaliando-se a sua importância para a compreensão da dimensão colaborativa, comunicativa e racional assumida pelo processo civil de natureza democrática.

Ao se observar o laço entre os mencionados direitos fundamentais processuais, pretende-se demonstrar que é possível controlar o contraditório a partir das fundamentações da decisão judicial, e esta por meio daquele; a existência de um entrecruzamento no conteúdo e na prática de ambos; como a interação entre tais direitos possibilita e impulsiona a argumentação no processo; o modo pelo qual o enlace entre os dois assegura a comunicação entre os sujeitos do processo; de que

maneira o conteúdo normativo dos direitos em epígrafe interage com a tensão proporcionada por parâmetros axiológicos e teleológicos subjacentes e antagonísticos; a forma pela qual a democracia é favorecida com elo em comento; e como o contraditório e a fundamentação das decisões acabam exigindo-se mutuamente, complementando-se ao longo do discurso processual.

Pretende-se, com isto, evidenciar que a relação entre o contraditório e a fundamentação das decisões introjeta no processo civil uma comunicação intersubjetiva, de cariz colaborativo, na qual o diálogo acerca das questões de fato e de direito permite construir, argumentativamente, decisões judiciais racionalmente aceitáveis pelas partes, pelos juristas e pela sociedade.

No último capítulo serão aventadas algumas situações nas quais a conexão contraditório-fundamentação das decisões será empregada como eixo metodológico de aplicação do direito processual civil, mirando-se em meios e resultados adequados à legitimidade democrática. Isto significa uma técnica processual participativa, pluralista, dialógica, colaborativa, comunicativa, argumentativa e racionalmente controlável.

Vale dizer que, em decorrência do projeto de um novo Código de Processo Civil que tramita nas casas do Congresso Nacional, ao longo do trabalho, em várias passagens, este será cotejado com as normas processuais vigentes e com o teor da Lei Fundamental brasileira.

Por derradeiro, buscar-se-á verificar se é possível alcançar, com base no parâmetro acima descrito, o ideal comunicativo de racionalidade pela via do processo judicial, a fim de conferir-lhe os contornos colaborativo e dialógico, exigidos para a legitimidade do exercício do poder jurisdicional num Estado Democrático de Direito.

2 ESTADO DE DIREITO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO: OS PARÂMETROS CONFORMADORES DO PROCESSO CIVIL

2.1 O NEOCONSTITUCIONALISMO

O direito não é estático. Por ser, concomitantemente, uma forma de experiência cultural, um sistema de saber e um sistema de ação não escapa das contingências de espaço e tempo, tampouco dos influxos de outros sistemas¹.

Logo, ao se abordar uma questão ligada a um ramo jurídico específico, como o direito processual civil, é imprescindível que se examine os influxos recebidos de outras áreas. Quanto ao tema ora tratado, a relação entre o contraditório e a fundamentação das decisões judiciais, a imbricação do processo civil com o direito constitucional e com a filosofia do direito se faz patente².

Em face da afirmação supra, será conferido um breve exame sobre as premissas em que se baseia este estudo, a fim de, concomitantemente, situar o problema em questão. Afinal, é preciso antes conhecer os parâmetros fornecidos pela cláusula constitucional que prevê o Estado Democrático de Direito para compreender o que significa um processo civil dotado de legitimidade democrática. Nessa tarefa, é imprescindível entender como a Lei Fundamental afeta, atualmente, a noção de processo.

Um exame sobre o constitucionalismo contemporâneo auxilia a compreender como a sociedade civil e a comunidade jurídica enxergam a interpenetração das relações morais, políticas e jurídicas, as quais hoje, impreterivelmente, tocam a Constituição. Assim, a análise do fenômeno do neoconstitucionalismo se faz cogente.

O termo em questão foi criado por Suzanna Pozzolo³, passando a ser largamente empregado para designar o fenômeno ocorrido no pensamento jurídico

¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, v. 1, p. 110-112.

² Neste sentido: MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n.º. 16, mai./jun./jul./ago. 2007.

³ POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional*. **Doxa**, v. 210II, 1998, 339. Disponível em:<

após a Segunda Guerra Mundial. De início vale ressaltar que tal expressão, antes de significar uma escola jurídica de parâmetros definidos retrata o momento histórico e cultural de rejeição ao positivismo jurídico de viés formalista, preponderante no período imediatamente antecedente. Por tal motivo, há que ser encarado como uma “atmosfera cultural”⁴, como um “momento teórico”⁵, como um “conjunto de posturas teóricas, que adquiriram sentidos comuns ao tentar explicar o direito dos Estados constitucionais”⁶ diante das “mudanças havidas no pensamento jurídico nos últimos anos”⁷. Logo, sugere mais a uma constatação da realidade contemporânea, que uma simples opção teórica.

E neste cenário se enredam posturas positivistas e pós-positivistas, procedimentalistas e substancialistas, liberais e comunitaristas⁸. Diante da variedade de análises quanto ao tema, serão destacadas doravante alguns exames capazes de ressaltar aspectos importantes para o presente estudo⁹.

http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/23582844322570740087891/cuaderno21/vollI/DOXA21Vo.II_25.pdf?portal=4>. Acesso em: 07 ago. 2012.

⁴ SCHIAVELLO, Aldo. *Neococonstitucionalismo o necositutucionalismi?* **Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica**, n. 3, nov. 2003. Disponível em: <http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2003_n3/monografica_a/D_Q-3_Schiavello.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2012.

⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./nov./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>>. Acesso em 07 ago. 2012.

⁶ VALE, André Rufino. **A estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23.

⁷ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo**: essa desconhecida. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 149.

⁸ Sobre a mencionada variedade teórica que comporta a noção de neconstitucionalismo ver: SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional – teoria da constituição**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 31-32. VALE, *op. cit.* MAIA, 2007. Ainda sobre o tema, conferir: STRECK, Lênio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – RIPE**. Bauru, v. 40, n. 45, p. 257-290, jan./jun. 2006. CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, *passim*. Em sentido diverso, identificando o neoconstitucionalismo com o pós-positivismo, conferir: MAIA, *op. cit.* DIDIER JR, *op. cit.*

⁹ Ainda, há que se pontuar a discordância de certos autores quanto à existência do um neoconstitucionalismo. Neste sentido, conferir: ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito de Estado - REDE**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/neoconstitucionalismo-entre-a-ciencia-do-direito-e-o-direito-da-ciencia>>. Acesso em: 07 ago. 2012.

Paolo Comanducci¹⁰ se debruça sobre o tema do neoconstitucionalismo, enxergando-o a partir de três aspectos. Assim, fala em neoconstitucionalismo teórico, neoconstitucionalismo ideológico e neoconstitucionalismo metodológico. O âmbito teórico volta-se para o conteúdo da constituição que, além de descritivo (como os demais documentos normativos), é visto agora como valorativo. De tal modo o substrato axiológico inserido nas constituições passa a ser a requisito de validade das normas. Já o prisma ideológico sobreleva que a constituição, antes vista essencialmente como elemento de controle do poder estatal, prima agora pela disposição de um amplo rol de direitos fundamentais, bem como pela inserção de diversos mecanismos para a tutela de tais direitos. Derradeiramente, o ângulo metodológico diz respeito à aplicação do direito, na qual se abandona a postura não cognitivista da moral que outrora fora apregoada pelo positivismo formalista. Dá-se lugar a métodos como o da ponderação o qual exige uma justificação que demonstre a identidade entre a norma aplicada e a constituição.

De outro lado, Luís Roberto Barroso¹¹ efetua uma disposição de grande importância na contextualização e compreensão generalizada do ambiente em questão. Relaciona o novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo às transformações dadas na Europa no decorrer da segunda metade do século XX, as quais, no Brasil, deram-se somente após a Constituição Federal de 1988. Ainda, relaciona tal fenômeno ao advento do Estado constitucional de Direito, que seria uma modalidade de Estado surgida com o declínio do Estado legislativo de Direito.

Em seguida, estabelece três marcos para as mudanças ocorridas. A saber, põe como marco histórico o período após a Segunda Guerra Mundial, momento em que houve a redemocratização de diversos países; como marco filosófico põe a paulatina superação do ideal positivista e a consequente formação do pós-positivismo; e como marco teórico, de modo coexistente, salienta a consolidação da noção de força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional, e a reelaboração da interpretação constitucional.

¹⁰ COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico*. Trad. Miguel Carbonell. **Isonomia**, n. 16, abr. 2002. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/90250622101470717765679/isonomia16/isonomia16_06.pdf?portal=4>. Acesso em: 07 ago. 2012.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 243-267.

Antônio Carlos Maia¹² analisa o neoconstitucionalismo também em três aspectos, mas separa-os de modo diverso. Inicia o exame reputando o novo direito constitucional como um modelo de Estado de Direito com uma singular forma de organização política destinada a estabelecer, efetivar e proteger os direitos fundamentais, inclusive por meio da atuação dos órgãos jurisdicionais. Como teoria do direito, pontua a reabilitação da razão prática, a qual passa a ser empregada na busca de métodos argumentativos capazes de controlar racionalmente a aplicação dos direitos fundamentais, em conformidade com os valores e diretrizes constitucionais. Afinal, a utilização do método da ponderação, como forma de aplicação das normas principiológicas, demanda maior clareza. Em terceiro, a feição de filosofia política ou de ideologia¹³ também é colocada por Maia como aspecto importante do neoconstitucionalismo, uma vez que a mera legalidade das estruturas jurídicas passa a não ser mais suficiente, havendo uma proeminente necessidade de legitimação de seus atos. Contiguamente, a própria introdução do debate ético no discurso jurídico pela via dos direitos fundamentais possibilita uma melhor justificação da atuação Estatal.

Em continuidade, cabe mencionar a secção elaborada por Fredie Didier Jr.¹⁴, o qual realça os reflexos, especialmente, em três grupos. Inicia pela ciência do direito constitucional, que passa a se fundar na consagração da força normativa da Constituição, no incremento e primazia dos direitos fundamentais, e na expansão e desenvolvimento da jurisdição constitucional. Quanto à teoria da norma jurídica ou teoria das fontes do direito, menciona a solidificação da força normativa dos princípios jurídicos, o rotineiro emprego da técnica legislativa das cláusulas gerais, e fortificação da jurisprudência como fonte de direito. No que tange à hermenêutica jurídica frisa a distinção teórica entre texto e norma, o grande emprego das “máximas (postulados, princípios ou regras) da proporcionalidade e da razoabilidade”¹⁵, o uso do método da concretização dos textos normativos, e o reconhecimento do caráter criativo da interpretação, responsável por atribuir sentido ao texto, ao invés da sua mera revelação.

¹² MAIA, 2007.

¹³ Maia ainda esclarece que, para ele, a noção ideológica de patriotismo constitucional, apregoada por Jürgen Habermas, não destoa do papel ideológico do neoconstitucionalismo. Ver: *Ibidem*. Aqui, compreende-se, como ele, que enxergar a Constituição como um tratado de adesão a uma sociedade plural não vai contra aquilo defendido pelo neoconstitucionalismo.

¹⁴ DIDIER JR., 2012, p. 149-165.

¹⁵ *Ibidem*, p. 152.

Tais novidades trouxeram a reboque diversas consequências ao ambiente jurídico. A maior intromissão do Poder Judiciário nas relações políticas e sociais, ocorridas no intento de controlar a constitucionalidade dos atos públicos e assegurar os direitos fundamentais, inclusive no âmbito privado, repercutiu num questionamento da legitimidade das medidas judiciais. A mera legalidade não se faz mais suficiente para a aceitação das condutas públicas diante da sociedade. Esta agora clama por maior participação nos processo de formação de opinião e na tomada de decisões. É aqui que entra o princípio do contraditório participativo¹⁶, no resgate da mencionada legitimidade. Ainda, a inserção de conteúdos morais por meio de normas princípio a serem aplicadas por ponderação acarretou uma maior imprecisão na aplicação do direito. Neste quadro deu-se a reabilitação da razão prática pelo incremento das teorias da argumentação, no intento de controlar e justificar as decisões judiciais. E é tal o ponto nevrálgico acerca do dever de fundamentação das decisões, destinado, dentre outras razões, a conferir a devida racionalidade à atuação estatal¹⁷.

Diante de tantas mudanças o direito processual civil não ficou inerte. E nem poderia. Mas urge dizer que não foram apenas nos pontos acima mencionados que se efetivaram as mudanças. Luiz Guilherme Marinoni¹⁸ deixa isto claro ao afirmar que mudanças alcançaram as próprias concepções de direito e de jurisdição¹⁹, os quais começam exigir uma postura crítica capaz de conformar a lei em relação à Constituição, ou seja, de efetuar uma adequação normativa ao caso concreto.

A nova faceta da Constituição modifica a própria noção de Estado Direito, relacionando-o às concepções de democracia e de direitos fundamentais. Mas para compreender adequadamente a fórmula do Estado constitucional democrático de Direito há que se dissecarem seus elementos, como se fará adiante.

¹⁶ Cf. item 5.2.3.

¹⁷ Cf. item 6.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1, p. 23-48.

¹⁹ Mais adiante este tema será tratado, juntamente com a alteração no conceito de processo, ocorrido a partir da doutrina de Elio Fazzalari. Cf. item 4.2.

2.2 ESTADO DE DIREITO

A noção de Estado de direito surge na Idade Moderna em oposição às arbitrariedades do Estado Absolutista, no intento de limitar o exercício do poder estatal à lei²⁰.

Conforme entendimento corriqueiro, fala-se, inicialmente, do advento do Estado liberal, seguido pelo Estado social ou Estado do Bem Estar Social. Em ambos se está tratando, na verdade, de qualificações do Estado de direito, a partir da sua adjetivação como liberal ou social.

Da mesma forma, o Estado democrático surge como espécie de Estado de Direito. Ocorre que em tal modelo, sem abandonar a defesa das liberdades individuais, tão cara ao Estado liberal, sem tampouco olvidar o conteúdo de igualdade material do Estado social, agrega-se o valor participação²¹.

Portanto, o Estado de Direito conjugado à participação pode se tornar Estado de Direito democrático. A consequência disto, segundo José Afonso da Silva, é que “o ‘democrático’ qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica”²².

Não obstante, é preciso esclarecer a necessária distinção entre Estado de Direito e Estado democrático, em razão da “realidade das coisas”, como anota Canotilho. Afinal, “existem formas de domínio político onde este domínio não está domesticado em termos de Estado de Direito e existem Estados de Direito sem qualquer legitimação em termos democráticos”²³. O mencionado autor lusitano esclarece que é cogente distinguir a “legitimidade do direito, dos direitos

²⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Estado de direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

²¹ Neste sentido ver: ZANETI JUNIOR, Hermes. Democracia e Judiciário na (re)politização do direito: notas para o papel dos juízes e do Judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de Democracia (Parte I). In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al* (Org.). **Os poderes do juiz e controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. No mesmo tom, ainda: LEAL, 2009, *passim*.

²² SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 119. _____. O Estado Democrático de Direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 635, p. 7, set. 1988.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 93.

fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico”; da “legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político”²⁴.

Em outras palavras, é possível ter Estados submetidos a um direito positivo sem que haja uma legitimação democrática do poder. Ou ainda, é possível que haja poder político não domesticado pelo Direito, sendo latente a possibilidade de instrumentalização deste último para o uso estratégico do poder²⁵. Com isto se pode concluir que a o fato de existir uma ordem jurídica posta e imposta pela facticidade da coação de sanções externas a serem empregadas, não significa que as normas jurídicas afirmadas serão válidas²⁶.

Logo, concorda-se com Habermas, para quem é possível perceber ordens jurídicas sem a forma de Estado de Direito, e de igual modo há Estados de Direito sem Constituições democráticas²⁷.

Tal observação importa a esta pesquisa ao elucidar que uma prática processual civil obediente à legalidade não significa, necessariamente, um direito ou um processo que atendam aos reclames democráticos. É preciso que a prática processual atenda aos princípios do Estado de Direito e da democracia. Para isto, há de se trazer à tona os princípios subjacentes às mencionadas concepções.

Habermas, no intento de conciliar o princípio do Estado de Direito com o princípio democrático, observa o primeiro sob a ótica da sua teoria do discurso. Tal perspectiva parte da institucionalização jurídica da rede de discursos e negociações no âmbito legislativo, a qual é possibilitada com auxílio do poder administrativo. Assim o direito legítimo é produzido por derivação do poder comunicativo, que por sua vez é transformado novamente em poder administrativo pelo direito normatizado de modo legítimo. Assim, ele elenca como princípios enfeixados pelo princípio do Estado de Direito o princípio da soberania popular; o princípio da ampla garantia legal do indivíduo, proporcionada por uma justiça independente; os princípios da legalidade de administração e do controle judicial e parlamentar da administração; e o princípio da separação entre Estado e a sociedade²⁸.

O Estado de Direito deve garantir a auto-organização política de uma comunidade dentro dos limites do sistema de direitos por ela criado. Deve ainda

²⁴ CANOTILHO, 2003 p. 100.

²⁵ HABERMAS, 2010, p. 211.

²⁶ *Ibidem*, p. 45.

²⁷ *Idem*. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. In: **A inclusão do outro**. Trad. George Sperber e Paulo Soethe. São Paulo: Loyola, 2002a, p. 285.

²⁸ HABERMAS, *op. cit.*, p. 212.

assegurar a autonomia política dos cidadãos no processo democrático, a fim de que o processo de normatização das expectativas de conduta e dos fins coletivos transcorra de modo devidamente comunicativo²⁹.

Diante de tal exposição nota-se mais facilmente a possibilidade de determinado Estado ter uma Constituição que preveja normas jurídicas aparentemente orientadas ao controle do poder e à prática democrática. Todavia, o desrespeito a tais normas constitucionais, inclusive pelo próprio Estado, ou, ainda, a insuficiência destas em assegurar o processo democrático não permite a realização de um Estado Democrático de Direito.

Em suma, os conceitos de Estado de Direito e de Estado democrático possuem uma área de convergência, muitas vezes explicitada nas Constituições. Entrementes, isto não quer dizer que ambos as noções possuam o mesmo conteúdo. Assim, a simples imposição coercitiva da legalidade por parte dos órgãos estatais, incluído os componentes do Poder Judiciário, não é suficiente à efetividade da cláusula democrática constitucional. Mas, para que o Estado de Direito possa assegurar o ambiente democrático, antes é imperativo reconhecer uma concepção adequada de democracia.

2.3 DEMOCRACIA

A concepção de democracia não é una. Vários modelos podem se percebidos. De qualquer maneira, o seu conceito está intimamente ligado à ideia de liberdade subjetiva.

Amplamente difundido, o modelo de democracia representativa se assenta sobre os órgãos representativos, as eleições periódicas, o pluralismo partidário e a separação de poderes³⁰. Tal concepção corresponde à tradição hegemônica de democracia³¹. Para esta, de natureza elitista e liberal, a democracia restringe-se à representação popular, alcançada por decisão majoritária apurada num procedimento eleitoral formal no qual a vontade dos envolvidos é expressa

²⁹ HABERMAS, 2010, p. 220.

³⁰ CANOTILHO 2003, p. 288.

³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. *In: Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

exclusivamente por aquilo que se lê na urna em que se apõe o voto. Tal padrão, largamente difundido pela proposta liberal, não se mostrou suficiente, acarretando uma crise no cenário democrático³².

A Carta Política brasileira, ao dizer que “todo poder emana do povo”, estabelecendo como forma de seu exercício, além da eleição de representantes, a via direta por plebiscito, referendo ou iniciativa popular, transparece o afastamento de um modelo exclusivamente representativo de democracia³³. Outro deve ser o caminho para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, composta por efetivos cidadãos, livres e iguais, os quais, num verdadeiro ambiente de pluralismo político, estão possibilitados a buscar o que entendem como dignidade para a própria condição humana³⁴.

A noção de democracia deliberativa se faz bastante interessante ao intento de relacionar os plexos do princípio de Estado de Direito com os do princípio democrático. Tida como conceito e como projeto, ela conjuga a “herança liberal das liberdades públicas e da racionalidade das leis” com a “tradição cívico-republicana da democracia participativa”, agregando aos valores liberdade e igualdade, tidos como pré-condições da democracia, a ideia de pluralismo³⁵.

Isto permite escapar do tratamento homogêneo conferido à sociedade pelo formalismo liberal e pelo substancialismo republicano, em prol do multiculturalismo que perpassa as sociedades contemporâneas. Ao mesmo tempo, favorece a ideia dinâmica de democracia, como uma constante aprendizagem, fazendo com que o processo democrático deliberativo de tomada das decisões gere os necessários efeitos emancipatórios, além de aprimorar qualitativamente as decisões obtidas em face da maior sorte de argumentos considerados.

A proposta de Jürgen Habermas³⁶ parece atender bem à necessidade de se considerar os ideais liberais de compromissos de interesses; com os da concepção republicana ou comunitarista, a qual parte de uma autocompreensão ética de determinada comunidade política.

³² Para um exemplo da concepção elitista no pensamento nacional vide: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A revisão da doutrina democrática. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 1, p. 19, out. 1992.

³³ Cf. artigos 1º, parágrafo único; e artigo 14, ambos da CF/88.

³⁴ Cf. artigos 1º, incisos I, II, III, V; 3º, inc. I; e 5º, *caput*, todos da CF/88.

³⁵ MONTEIRO, Tadeu Geraldo. Democracia deliberativa. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

³⁶ HABERMAS, 1995, p. 39-54.

O autor tedesco propõe um modelo de democracia que orbita ao redor “das condições de comunicação e dos procedimentos que outorgam à formação institucionalizadora da opinião e da vontade políticas sua força legitimadora”³⁷. Com isto, segundo ele, o processo democrático conta com a “presunção de gerar resultados racionais, porque nele o modo e o estilo da política deliberativa realizam-se em toda sua amplitude”.

Habermas insere sua expectativa em um procedimento ideal de deliberação e de tomada de decisões, em que há uma conexão interna entre argumentos pragmáticos, compromissos, negociações, discursos de autocompreensão, e demandas por justiça. Tal interligação decorre de um agir voltado ao entendimento, escorado na própria comunicação dos atores envolvidos, a partir do atendimento de normas de discurso e de formas de argumentação³⁸.

Considera como condições para a deliberação democrática³⁹ o contexto de um discurso argumentativo; de natureza pública, inclusiva e igualitária; livre de coerção externa, limitado apenas pelos pressupostos da comunicação e pelas regras de procedimento; também livre de qualquer coerção interna que possa atrapalhar uma participação igual em igualdade de oportunidades, de modo que os agentes envolvidos possam nortear as posições que vierem assumir apenas motivando-se pela força do melhor argumento apresentado durante o diálogo; obedecendo-se o princípio majoritário na tomada de decisões, até que a minoria possa convencer a maioria do contrário; havendo ampla abrangência de temas a serem inseridos como objeto de debate, atendendo-se à relevância pública das questões, especialmente quando se tratar da igual distribuição de recursos, uma vez que este assunto liga-se diretamente ao exercício dos direitos de comunicação e participação; abertura das interpretações, preferências e focos a novos argumentos conforme as mudanças proporcionadas pela contingência de espaço e tempo, desde que observadas as exigências de justiça requeridas pelo processo democrático, como a lisura e imparcialidade no cumprimento das regras procedimentais.

Tal síntese perfunctória das condições exigidas para um processo deliberativo democrático demonstra que os requisitos pontuados por Habermas atendem bem aos valores liberdade, igualdade, participação e pluralismo.

³⁷ HABERMAS, 2010, p. 45.

³⁸ *Ibidem*, p. 46.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, V. II, p. 29-30.

Para o objetivo aqui proposto não há necessidade de mais incursões sobre o tema⁴⁰. O importante é que, doravante, neste trabalho, quando for mencionada a ideia de democracia, estar-se-á remetendo ao modelo normativo de democracia deliberativa de Habermas. E a coerência com tal sentido deliberativo é que precisa ser procurada e ressaltada no processo civil, para que sejam alcançados meio e resultado impregnados pela imperativa legitimidade democrática.

2.4 A RELAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A teoria do discurso de Habermas oferece uma resposta satisfatória no intento de demonstrar a relação entre os direitos fundamentais e a democracia, bem como a legitimidade do direito daí retirada.

No contexto pluralista das sociedades hodiernas a obtenção de consensos no âmbito das escolhas políticas se mostra tortuosa. De igual feita, a Moral não consegue mais orientar satisfatoriamente o conteúdo do direito em face desencantamento da atual forma de vida social, de índole pós-metafísica.

Diante de tal complexidade das sociedades contemporâneas o risco de desintegração social se torna por demais elevado. O direito, em sua função de integradora fraqueja, pois suas normas não refletem mais consensos, o que acaba por reduzir a sensação de segurança e de justiça. A necessidade de imposição coercitiva do direito se avoluma diante da sua baixa aceitação. Daí advém a tensão entre facticidade e validade. Enquanto a facticidade do direito aumenta, fazendo com que sua positividade precise ser imposta coercitivamente; a sua validade diminui, demonstrando uma crise na sua legitimidade. Esta tensão expõe a demanda social pela aceitação racional das normas jurídicas, necessária ao cumprimento do papel integrador do Direito.

No intento de resolver o problema aclarado pela mencionada tensão Habermas propõe a sua teoria do discurso.

⁴⁰ Para mais detalhes sobre o tema vide: LUCHI, José Pedro. Para uma teoria deliberativa da democracia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 43, n. 172, p. 73-83, out./dez. 2006.

A razão prática, então reabilitada pelas teorias do direito, é substituída pelo referido autor em favor da razão comunicativa⁴¹. Esta última cuida das pretensões de validade dos argumentos levantados num debate, indo além do âmbito moral ou prático. Sua finalidade é “definir os parâmetros e procedimentos do discurso através dos quais os sujeitos sociais podem chegar a um entendimento legítimo que ocasione a integração social das expectativas compartilhadas”⁴². Portanto, baseando-se na razão comunicativa é possível aceitar discursos racionais voltados ao entendimento mútuo, o que significa uma participação cooperativa dos envolvidos, de modo livre e igual, sem o emprego de quaisquer formas de violência ou manipulação⁴³. De tal maneira, os envolvidos no diálogo podem guiar-se pela força do melhor argumento, atuando nos limites de sua liberdade de comunicação.

A construção cooperativa de normas ao longo de um procedimento discursivo realizado em condições ideais de comunicação permite a aceitação racional dos resultados obtidos. Assim, garante-se a legitimidade das normas que prescrevem as expectativas de condutas, uma vez que seus destinatários também podem se encarar como seus coautores, em razão da participação dos mesmos no processo de formação daquelas.

Uma vantagem disto é a estabilização não violenta das expectativas de comportamento, o que resgata a integração social desejada. Outro benefício é a dissolução, ao longo do procedimento discursivo, do conteúdo substancial dos argumentos apresentados, sem que seja necessário optar por uma visão de mundo em detrimento de outra, possibilitando a fundamentação imparcial das normas alcançadas ao fim do processo comunicativo. Tal procedimento, neutro em relação ao direito e à Moral, é denominado por Habermas de princípio do discurso, o qual prescreve que “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”⁴⁴.

Esta linha de comunicação intersubjetiva é traduzida para a linguagem do direito, de modo que a estrutura discursiva é institucionalizada pela forma jurídica, acarretando a estabilidade das expectativas de comportamento. Institucionalizam-se

⁴¹ HABERMAS, 2010, p. 19.

⁴² DARÓS MALAQUIAS, Roberto Antônio. **A função social do processo no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 133.

⁴³ SCHUARTZ, Luis Fernando. **Norma, contingência e racionalidade**: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 233.

⁴⁴ HABERMAS, 2010, p. 142.

as regras de jogo na forma de procedimentos a serem adotados ao longo do discurso intersubjetivo. Nota-se que o princípio do discurso, fundado na razão comunicativa, é mediado pelo direito, transformando-se no princípio da democracia. Ou seja, o exercício democrático é assegurado por normas procedimentais que, ao serem positivadas como direitos fundamentais, garantem a imparcialidade do diálogo nas diversas esferas do ambiente social.

Em face disto o direito assume lugar central na teoria de Habermas. Afinal, ele alivia a tensão entre a facticidade e a validade, uma vez que reduz a necessidade de imposição fática e coercitiva das normas positivadas, promovendo o cumprimento espontâneo destas. Isto decorre da maior aceitabilidade racional conferida ao direito, o qual passa a carregar uma pretensão de legitimidade fundada nas ideias de autolegislação, pela via da autonomia pública, e de autodeterminação, pela autonomia privada⁴⁵.

No cenário em questão, o direito acaba se relacionando com a Moral de duas maneiras, cooriginariamente, em sua genética, e complementarmente, em seu procedimento⁴⁶. Neste ponto, revela-se também o nexos interno entre direitos fundamentais (direitos humanos positivados) e soberania popular (a qual é o aspecto primordial da democracia). Afinal, os direitos fundamentais são os responsáveis por institucionalizar as condições comunicativas, imprescindíveis ao exercício da soberania popular. Tais condições remetem a direitos básicos de comunicação e de participação, denominado condições comunicativas.

Habermas expõe cinco grupos básicos de direitos humanos, os quais positivados como direitos fundamentais, serviriam para garantir a autonomia pública do indivíduo, enquanto sujeito de direito⁴⁷.

Primeiro, trata dos “direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação”. O segundo grupo engloba os “direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status* de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito”. Como uma terceira categoria ressalta os “direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de

⁴⁵ HABERMAS, 2010, p. 59-60.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 10, 141. Ainda, _____, 2003a, p. 313. Neste sentido, ainda, ver: MOREIRA, 2004, p. 150.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 159-160.

postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual”.⁴⁸

Esclarece que estas três primeiras categorias decorrem da aplicação do princípio do discurso ao direito, funcionando, este, como mediador linguístico. Distinguem-se dos clássicos direitos de defesa por dizerem respeito apenas às relações entre civis, e não da posição destes perante o Estado. De tal modo, configuram-se como princípios jurídicos pelo qual o legislador constitucional se orienta, e não, ainda, como direitos subjetivos. No momento em que os indivíduos se reconhecem mutuamente como destinatário dos direitos abstratos supracitados, a sua autonomia privada fica possibilitada, em função de uma vinculação horizontal entre cidadãos, ocasionada pela concessão recíproca de tais direitos. Entrementes, para que também possam ser vistos como autores de direitos são precisos mais dois grupos de direitos fundamentais⁴⁹.

O quarto grupo, concernente a direitos de cunho político, refere-se a “direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processo de formação da opinião e da vontade, nos quais civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo”. Enfim, o quinto e último grupo diz respeito a “direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances dos direitos elencados [...]” nos quatro grupos anteriores⁵⁰.

Com o cumprimento de tais direitos fundamentais o exercício da soberania popular seria garantido. As condições de comunicação seriam satisfeitas tornando o procedimento legislativo um espaço público apto para discursos e negociações.

Isto também deixa claro como a legitimidade do direito pode derivar da sua legalidade. Afinal, a compreensão discursiva do sistema de direitos requer a positivação das condições de comunicação como normas procedimentais, as quais, ao serem asseguradas, atribuem legitimidade às decisões obtidas pelo referido caminho.

De tal modo, a transformação do princípio do discurso, pela forma jurídica, em princípio da democracia garante a legitimidade das normas postas, ao mesmo tempo em que permite ao indivíduo influenciar na construção do direito.

⁴⁸ HABERMAS, 2010, p. 159-162.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 159.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 159-160.

Desta maneira, a autonomia política dos cidadãos pode ser exercitada, oportunizando que estes deliberem sobre os valores que pretendem ver positivados como direitos reciprocamente concedidos. Concomitantemente, promovem a segurança para o exercício da sua autonomia privada, praticada com fulcro num sistema jurídico de sua própria autoria. Logo, pelo exercício cooriginário das autonomias pública e privada, os destinatários das normas de direito também podem se perceber como autores delas. O direito cumpre seu papel de integrador social ao assegurar que as normas que estabelecem as expectativas de conduta sejam construídas por um discurso intersubjetivo entre os membros de uma comunidade jurídica.

Nessa toada, o conteúdo moral dos direitos humanos assume a forma jurídica de direitos fundamentais, os quais são responsáveis por preservar as condições de comunicação e participação discursivas do processo político democrático. Tal processo é expresso especialmente pela soberania popular, a qual permite a inclusão no sistema de direitos de novos interesses estratégicos, metas e fins, bem como valores morais.

A comentada relação é vista por Habermas como a gênese lógica dos direitos fundamentais, sendo realizada por um processo circular, no qual o Direito se relaciona com a Política, de modo cooriginário, além da já citada interação com a Moral de modo complementar e cooriginário⁵¹.

2.4.1 Democracia e direitos fundamentais processuais

O emprego da razão comunicativa realoca o critério de racionalidade e de legitimidade de um resultado do sujeito para o procedimento. Serão racionais e legítimas as normas obtidas num processo comunicativo, no qual certas regras procedimentais sejam respeitadas, a fim de se garantir a potencial participação dos interessados⁵².

É possível depreender que questões de ordem prática podem ser decididas imparcialmente, de forma racional, desde que as pretensões de validade levantadas

⁵¹ HABERMAS, 2010, p. 154-168.

⁵² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 274.

sejam legitimadas por um procedimento discursivo argumentativo que atenda às condições de comunicação⁵³. Isto quer dizer que normas de ação (como as normas jurídicas) podem ser fundamentadas imparcialmente e decididas racionalmente, contanto que submetidas a um procedimento discursivo, cuja essência reside na garantia de condições de comunicação, as quais devem assegurar a participação livre e igual dos envolvidos.

Ainda, num processo comunicativo ideal a validade das pretensões levantadas se baseia no uso de uma linguagem inteligível, para que os participantes possam entender-se mutuamente; no emprego de proposições verdadeiras, para que o conteúdo destas seja posto a todos; em sujeitos verazes; e na correção normativa das manifestações⁵⁴.

Há que se destacar a imprescindibilidade das condições comunicativas, que remetem à liberdade (não coação) e à igualdade (simetria e paridade) na participação, para que a racionalidade dos discursos se dê a partir do atendimento dos pressupostos aptos a conferir validade às pretensões levantadas intersubjetivamente. Deste modo, há como supor a obtenção de resultados legítimos alcançados num debate racional. Sob tal parâmetro o diálogo precisa ocorrer num procedimento em que os argumentos apresentados permanecerão abertos e criticáveis em função do risco da própria falibilidade.

Insta destacar que tais condições de comunicação somente podem ser asseguradas pelos direitos fundamentais. Por meio delas possibilita-se o exercício de uma soberania popular, a qual é diluída em procedimentos relacionados a iguais direitos à comunicação e à participação dos cidadãos no processo democrático. Por este caminho há ainda a vantagem de não se contar com uma justificação metafísica dos direitos fundamentais, e sim procedimental, de modo que estes podem ser compreendidos como a condição que viabiliza a participação dos cidadãos na formação do consenso democrático⁵⁵.

O caráter ideal de condições de comunicação possibilita que estas sejam buscadas num discurso processual, a fim de dotá-lo de maior legitimidade democrática. Com tal medida, busca-se incrementar a aceitabilidade racional das

⁵³ TEIXEIRA, Welington Luzia. **Da natureza jurídica do processo à decisão judicial democratizada**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 137.

⁵⁴ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: as teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2006, p. 161-163.

⁵⁵ BINENBJOM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 56.

decisões judiciais pela sua construção colaborativa, participativa e plural, fundada num diálogo intersubjetivo orientado argumentativamente.

A função de garantia das condições de comunicação assumida pelos cinco grupos de direitos fundamentais abstratamente considerados deve persistir mesmo após a transformação destes em normas jurídicas positivas⁵⁶. Assim, é possível estabelecer uma conexão entre direitos fundamentais abstratamente considerados, direitos fundamentais normatizados nas Constituições e direitos infraconstitucionais. Tal relação é aplicável aos direitos de natureza processual, especialmente pelo caráter procedimental da teoria do discurso. Portanto, é válido afirmar que as normas de direito processual civil, ao conferirem densidade ao conteúdo dos direitos fundamentais, necessitam atender ao papel que estes últimos assumem enquanto direitos abstratamente considerados. Ao saírem da categoria na qual estavam agrupados, os direitos fundamentais processuais não perdem sua natureza de condições de comunicação, tampouco sua finalidade de assegurar a participação simétrica e paritária em discursos procedimentalizados. Afinal, um objeto retirado de um conjunto carrega consigo as características que lhe permitiram ingressar no grupo que o continha. Ao ser observado mais de perto, o elemento em questão pode revelar, além dos traços genéricos da classe a qual pertencia, outras feições suas, mais particulares, contudo, seus predicados gerais permanecem⁵⁷.

Nota-se uma relação de inclusão da classe dos direitos fundamentais na classe das condições de comunicação, da qual fala Habermas. Disto, conclui-se que os direitos fundamentais materiais e processuais são responsáveis por garantir participações efetivamente influentes em debates ocorridos nos espaços públicos, ainda que tal local seja jurisdicionalizado. A legitimidade e a racionalidade do resultado permanecem condicionadas à obediência a um devido processo (regras procedimentais), no qual todos os possíveis atingidos participem, alegando suas pretensões, de maneira argumentativa, a fim de obter decisões imparciais, racionalmente aceitáveis.

E este pode ser considerado o ponto chave para se demonstrar a imprescindibilidade do contraditório e da fundamentação das decisões. Enquanto direitos fundamentais de natureza processual, ambos têm o condão de garantir as

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *In*: _____. **Era das transições**. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a, p. 168-171.

⁵⁷ COPI, Irving. **Introdução à lógica**. 2 ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 139-145 *passim*.

condições comunicativas necessárias ao discurso processual de resultados racionais e legítimos. Só por meio deles se pode falar num diálogo participativo, simétrico e paritário, no qual os argumentos de todos interessados podem influenciar o resultado. Tais direitos fundamentais são indispensáveis para assegurar um acesso jurisdicional adequado, no qual as partes podem participar na formação das decisões. Por meio deles a jurisdição pode reconstruir a interpretação e aplicação do direito com a devida legitimidade democrática, em razão da participação dialógica e plural dos interessados, além de justificar-se perante a opinião pública dos especialistas e dos demais cidadãos⁵⁸.

É preciso deixar claro que para a existência de um direito legítimo “a cooriginariedade entre direitos políticos fundamentais e direitos individuais fundamentais é essencial”⁵⁹. Para tanto, cada direito fundamental deve ser refletido em seu duplo prisma, iluminando, concomitantemente, um direito subjetivo individual e um direito de participação política de viés democrático⁶⁰. Isto inclui os direitos fundamentais processuais, como o contraditório e a fundamentação das decisões.

A relação entre direitos fundamentais e democracia é alçada, pela teoria do discurso de Habermas, a alicerce da legitimidade do direito⁶¹. Ambos favorecem as autonomias privada e pública do indivíduo. Portanto, buscar uma atuação jurisdicional dotada de legitimidade é garantir, também no espaço processual, a interação entre direitos fundamentais e democracia.

Nesta pesquisa já se tracejou um conceito adequado de democracia e se explicou como tal concepção afeta todo o sistema de direitos. Resta agora perscrutar a teoria dos direitos fundamentais para melhor compreender seus reflexos sobre o direito processual civil. Tal medida é irrefutável, uma vez que o contraditório e a fundamentação das decisões judiciais também são direitos fundamentais. Mais que simplesmente lançar tal assertiva como premissa, examinar-se-ão as consequências acarretadas para o âmbito processual civil.

É isto que se passa a fazer no próximo tópico.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. Sobre a lógica dos discursos jurídicos. In: **A inclusão do outro**: discursos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002c, p. 354.

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003b, p. 72. _____, Acerca da legitimação com base nos direitos humanos. In: **A inclusão do outro**. Trad. George Sperber e Paulo Soethe. São Paulo: Loyola, 2002b, p. 285-297.

⁶⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 109.

⁶¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas constitucionais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 51-52.

3 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: AS CARACTERÍSTICAS GENÉRICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS AO CONTRADITÓRIO E À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

3.1 PROPEDEÚTICA

Como visto, os direitos fundamentais possuem uma função de extrema importância no sistema de direitos. Ao tempo em que atendem aos ideais de liberdade, igualdade, participação e pluralismo, revelam-se como condição comunicativa para o exercício da democracia. Com isto, servem de fator que legitima o próprio Direito. Asseguram ainda a autonomia pública e privada dos indivíduos, possibilitando que estes busquem a realização dos próprios planos de vida. Não menos importante é o caráter de orientação, de limitação e de controle que refletem no exercício dos poderes públicos.

Não há dificuldades em afirmar que o contraditório e a fundamentação das decisões judiciais são garantias processuais inscritos na Lei Fundamental de 1988 como direitos fundamentais. Mas afinal, em que implica tal assertiva?

Tais respostas serão fornecidas ao longo deste item. O importante, desde já, é destacar que o contraditório e a fundamentação das decisões judiciais são direitos fundamentais de natureza processual, de modo que a eles são aplicáveis todas as considerações feitas adiante. O exame da teoria dos direitos fundamentais ajudará a compreender, dentre outros aspectos, a exigibilidade do cumprimento das posições e situações jurídicas subjetivas decorrentes das normas infraconstitucionais que orientadas pelo contraditório e pela fundamentação das decisões no interior do processo; o surgimento de deveres decorrentes de tais garantias fundamentais; bem como permitirá analisar o nexo entre os retro mencionados direitos para além da função meramente instrumental que lhes é tradicionalmente empregada⁶².

O certo é que os direitos fundamentais são posições jurídicas tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não, jamais pode ser simplesmente

⁶² Cf. itens 5.2.5 e 6.

deixada ao arbítrio da maioria parlamentar simples⁶³. Tampouco estão à disposição do juízo de conveniência dos sujeitos privados ou públicos. Assim, determinados direitos, ao serem qualificados como fundamentais pela Constituição, recebem um grau mais elevado de garantia ou de segurança⁶⁴. As Constituições estabelecem, com isto, quais valores serão vertidos em direitos e quais direitos serão qualificados como fundamentais. Estes são então classificados em num rol constitucional não taxativo⁶⁵. É certo que, como quaisquer direitos, não são absolutos. Todavia, são inalienáveis, indisponíveis, imprescritíveis, imediatamente aplicáveis, de eficácia *erga omnes*, vinculantes a todos os âmbitos do poder público e privado⁶⁶.

Tendo como fundamento a dignidade humana⁶⁷, os direitos fundamentais constituem-se como um sistema, coerente, cultural, dinâmico, pluralista e aberto, o qual só pode ser construído concretamente⁶⁸.

3.2 GERAÇÕES OU DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fala-se em gerações ou dimensões de direitos fundamentais, em atenção às mutações históricas que incidiram sobre o ponto em comento. Tal categorização ressalta a feição de conquistas historicamente construídas e afirmadas pelo homem, inserida na própria noção dos direitos⁶⁹.

E reforçando tal qualidade, ao invés do termo “gerações”, mais tradicional, prefere-se aqui a expressão “dimensões” a fim de afastar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra⁷⁰.

⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 446.

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 561.

⁶⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigo 5º, § 2º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 jan. 2012.

⁶⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais**. Material da 1ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG, p. 12-27.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 95-116.

⁶⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 97-111.

⁶⁹ Para uma visão acerca da expansão histórica dos direitos, ver: EDMUNDSON, Willian A. **Uma introdução aos direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁷⁰ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 571-572. SARLET, *op. cit.*, p. 47.

Como integrantes da primeira dimensão elencam-se os direitos civis e políticos, considerados como direitos de liberdade, cuja titularidade cabe ao indivíduo. Já os direitos de segunda dimensão são os de viés social, econômico e cultural, os quais se baseiam num ideia material de igualdade. Ainda, os direitos de solidariedade ou de fraternidade, classificados como de terceira dimensão, tem sua titularidade imputada ao “gênero humano”, remetendo a uma coletividade difusa, muitas vezes indefinida e indeterminada, como o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida⁷¹.

Paulo Bonavides fala também de direitos de quarta dimensão, como direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Elucida-os da seguinte forma:

A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direita. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia da comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e utilitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito de gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual.⁷²

Entende-se que tal bandeira deve ser defendida, afinal, a própria noção de uma democracia deliberativa carece e reconhece o pluralismo. Ademais, exsurge como dado indispensável, em qualidade e quantidade, a informação, para que haja cidadãos emancipados, realmente livres e iguais. Devem-se dotar tais direitos de toda a segurança e efetividade típicas dos direitos fundamentais para que possam funcionar como condições de possibilidade do processo democrático, bem como fatores de legitimidade do ordenamento jurídico e de legitimação do exercício político.

A utilidade prática desta classificação reside no momento da aplicação e interpretação de uma norma. Saber que um direito deita suas raízes em um período histórico totalmente divergente do atual ajuda a conformá-lo a uma leitura contextualizada no momento de sua concretização. Neste sentido, se a um ordenamento jurídico que já prevê direitos concernentes a uma dimensão posterior são inseridos outros referentes a uma dimensão anterior, os últimos a ingressarem

⁷¹ BONAVIDES, 2005, p. 569. SARLET, 1998, p. 51.

⁷² BONAVIDES, 2005, p. 571.

no sistema de direitos serão interpretados em conformidade com o sentido daqueles direitos fundamentais ali já vigentes. Nesta hipótese, como argumenta Willis Santiago Guerra Filho, os direitos rotulados como de dimensão prévia acabarão sendo relidos pela ótica da dimensão mais recente, de modo que as últimas dimensões podem ser vistas como pressupostos para uma adequada compreensão e realização daqueles direitos mais tradicionais⁷³.

A quarta dimensão dos direitos fundamentais também aduz ao direito fundamental de participação no procedimento, o qual adere ao compromisso democrático, assegurando a participação dos cidadãos, destinatários de uma decisão estatal, nos atos intermediários praticados em sua formação. Trata-se de uma inclusão participativa na formulação das decisões políticas, consideradas em sentido amplo. A dimensão em pauta proporciona, além da atuação prévia na formação da opinião estatal, o posterior questionamento desta, observando-se a competência pertinente e os interesses atingidos⁷⁴.

Logo, a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais faz com que todos os demais direitos precisem conformar-se às concepções de democracia, de participação, de informação e de pluralismo, o que, inevitavelmente, remete aos direitos fundamentais de natureza procedimental, como se verá adiante.

3.3 DIMENSÕES OU PERSPECTIVAS SUBJETIVA E OBJETIVA

É indispensável frisar o duplo caráter dos direitos fundamentais. Desde já, insta esclarecer a adesão à dicção “perspectiva” para não causar confusões com o termo “dimensão”, anteriormente usado. Mas nada impede o câmbio destas expressões, haja vista tratar-se de mera questão de denominação⁷⁵.

⁷³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 40.

⁷⁴ ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional de processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 62, 113-116.

⁷⁵ SARLET, 1998, p. 139, nota 308.

3.3.1 A perspectiva subjetiva

A perspectiva subjetiva revela a tradicional concepção de direitos subjetivos, a qual relaciona uma pessoa, titular do direito a uma coisa, a uma ação, ou a um estado de coisas⁷⁶.

Robert Alexy parte de tal visão subjetiva para a explicação de sua teoria dos direitos fundamentais. Afirma que um direito fundamental completo pode ser tido como um feixe de posições de direitos fundamentais⁷⁷. Pode ainda ser disposto por várias normas ou por apenas uma. Em cada norma de direito fundamental, várias são as posições jurídicas que podem ser assumidas pelo sujeito titular do direito em face das ações ou dos demais sujeitos envolvidos numa determinada relação. Tais posições são repartidas, triplamente, em direitos a algo⁷⁸, liberdades e competências⁷⁹.

Tal perspectiva remete a “posições ou pretensões individuais juridicamente *accionáveis* através de procedimentos e processos específicos previstos e regulados na ordem jurídica”⁸⁰. Quando assim considerados, os direitos fundamentais dão azo à determinada posição jurídica, na qual o indivíduo que figure como titular de um direito pode requerê-lo em face do Estado. Estabelecem, portanto, situações jurídicas ativas.

Neste sentido, ao se falar que direitos fundamentais são direitos subjetivos se quer dizer que eles são dotados de exigibilidade ou justiciabilidade. Logo, são reclamáveis em face do Estado, em razão da posição jurídica de vantagem assumida por um sujeito em relação a um determinado bem juridicamente protegido, a uma norma jurídica, ou a outro sujeito, conforme uma dada situação⁸¹.

⁷⁶ EDMUNDSON, 2006, p. 15.

⁷⁷ ALEXY, 2008, p. 249.

⁷⁸ Alexy esclarece que a expressão “direito a algo” pode ser designada no mesmo sentido de “pretensão”. Mesmo sendo esta última de uso mais comum na linguagem jurídica pátria, prefere-se aqui manter o termo empregado pelo autor. Para maiores detalhes, ver: *Ibidem*, p. 193, nota 48.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 193.

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Das constituições dos direitos à crítica dos direitos. **Revista de Direito Público**, v. 1, n. 7, jan./fev./mar., 2005.

⁸¹ Acredita-se que mais considerações acerca do que vem a ser direito subjetivo seriam desinteressantes ao objeto do presente trabalho. Opta-se, portanto, por uma conceituação ligeira, da mesma forma que feito por Ingo Sarlet. Ver: SARLET, 1998, p. 149-150. Ainda, vale conferir: CANOTILHO, 2003, p. 459.

3.3.2 A perspectiva objetiva

Sob o pálio da perspectiva objetiva é possível constatar uma visão do direito fundamental como norma jurídica. Trata-se de uma aceção institucional dos direitos fundamentais, que se mostra como uma norma jurídica objetiva, a qual orienta a interpretação e a aplicação de todo o ordenamento jurídico, impondo-se perante todos os atores jurídicos.

Com isto, busca-se a interferência estatal na realidade mediante prestações. Tais prestações podem ser fáticas, destinadas a assegurar um direito subjetivo; ou ainda por prestações normativas, que obrigam o legislador na criação de condições materiais e institucionais para o exercício de direitos⁸². Acaba-se falando, de tal maneira, num dever de proteção por parte do poder público⁸³, ou ainda em direitos a programas de ação dos órgãos estatais⁸⁴.

Tal prisma objetivo revela ainda que os direitos fundamentais, enquanto valores positivados sob a forma jurídica integram o sistema de direitos, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico. Deste modo conformam a totalidade dos atos do poder público, determinando uma atuação estatal positiva⁸⁵. Assim, a eficácia dos direitos fundamentais incide sobre todo o ordenamento jurídico, fornecendo diretrizes às funções do poder público em geral, ou seja, ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário. Funda-se aí a característica de irradiação dos direitos fundamentais responsáveis pela constitucionalização do direito infraconstitucional.

Semelhantemente, a partir desta perspectiva se defende a irradiação dos direitos fundamentais também sobre as relações privadas. Diante disto, fala-se numa eficácia vertical dos direitos fundamentais, que atinge imediatamente o Estado; bem como numa eficácia horizontal que abrange, mediatamente, os particulares⁸⁶.

Em tal sentido geram os direitos fundamentais um dever ao Estado de instituir meios que garantam a participação dos cidadãos na formação da vontade e da opinião pública⁸⁷. Daí se falar em direitos fundamentais à organização e procedimentos, mediante os quais serão criadas e interpretadas as normas jurídicas,

⁸² CANOTILHO, 2003, p. 476.

⁸³ SARLET, 1998, p. 147.

⁸⁴ CANOTILHO, 2005, *passim*.

⁸⁵ MARINONI, 2008, p. 69-73.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 73-89. SARLET, *op. cit.*, p. 335. Ainda, cf. item 4.3.3.

⁸⁷ CANOTILHO, *op. cit.*, *passim*.

inclusive as de natureza procedimental, responsáveis pela atuação prática dos próprios direitos tidos por fundamentais⁸⁸, como se verá adiante.

Em suma, a perspectiva em questão possui vastas implicações como, à guisa de ilustração, a força dirigente aos poderes públicos; o fundamento para controle de constitucionalidade material; a sua irradiação para restante do ordenamento jurídico; a eficácia horizontal sobre as relações privadas; a concepção de garantias institucionais constitucionalmente protegidas; o dever de prestação fática e normativa por parte do ente estatal; o dever de proteção oponível em face do Estado contra atos praticados por terceiros; o parâmetro para a organização de procedimentos; a orientação de interpretação e aplicação de normas procedimentais⁸⁹.

Da mesma maneira, permite enxergar os direitos fundamentais ao contraditório e à fundamentação das decisões não apenas como direitos subjetivos, mas também como deveres institucionais do Estado⁹⁰. Assim, tais direitos podem realçar os valores que resguardam, como a liberdade, a igualdade, a democracia e o pluralismo.

3.4 A MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A multifuncionalidade dos direitos fundamentais afirma que um mesmo direito fundamental pode ocasionar várias consequências distintas e coexistentes⁹¹. Isto pode ser mais bem percebido com a recondução das posições jurídicas fundamentais básicas àquela concernente à posição de direito a algo, oponível diante do Estado. Assim formatados, os direitos fundamentais exigem uma ação positiva, ou seja, uma prestação estatal.

A exigência a uma atuação positiva desdobra-se num direito à proteção; bem como num direito a prestação. Quanto a esta última acepção, é possível parcelá-la de diferentes maneiras, de acordo com a teoria que se adote. No

⁸⁸ SARLET, 1998, p. 149-150.

⁸⁹ ZOLLINGER, Marcia Brandão. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 37-38.

⁹⁰ Cf. item 5.2.5.

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional, **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, a. 1, n. 1, p. 91-134, abr./jun. 2003.

momento, insta frisar que tais prestações, exigíveis pelo indivíduo em face do Estado, permitem qualificar o primeiro como cidadão, em razão dos direitos e deveres que assume diante do segundo.

3.4.1 A teoria dos *status*

Partindo do indivíduo qualificado como cidadão, George Jellinek elaborou sua teoria dos quatro *status*. Aproveitando a estrutura formal dos direitos a prestação, na qual o indivíduo está posicionado diante dos poderes públicos, o referido autor abordou a relação entre o cidadão e o Estado. Para tanto, destacou quatro situações jurídicas básicas, diferentes, mas não excludentes, as quais denominou “*status*”.

Assim, em primeiro lugar haveria o *status subjectionis* ou passivo, que relaciona a situação de sujeição do cidadão em face do Estado, possuindo este último competência para imputar deveres, obrigações, proibições e mandamentos ao cidadão; o segundo seria o *status libertatis* ou negativo, que se refere ao núcleo de liberdade de cada cidadão, concedendo-lhe faculdades de agir dentro da sua esfera de liberdade; o terceiro, o *status activus* ou de cidadania ativa, diz respeito às competências outorgadas ao cidadão para participar e influir na formação da vontade estatal; e o quarto é o *status civitatis* ou positivo, concernente ao poder, capacidade ou competência do cidadão para demandar ou exigir ações positivas do Estado, em função de um direito a algo, o qual se consubstancia num direito a prestações estatais⁹².

Buscando atualizar a teoria supracitada com as demais dimensões de direitos fundamentais outros autores se debruçaram sobre ela, fazendo-lhe alterações em seus diversos *status*. Em razão do foco da pesquisa ora efetivada ser a relação entre direitos fundamentais de natureza procedimental ou processual, as considerações que se seguem terão como foco a funcionalidade correspondente. Assim, conferir-se-á maior distinção à feição procedimental dos direitos fundamentais, atentando-se ao grupo de direitos à prestação.

⁹² ALEXY, 2008, p. 254-275. SARLET, 1998, p. 153-157. OLSEN, Ana Carolinas Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente a reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 50.

Robert Alexy, em sua análise, repartiu os direitos à prestação naqueles em sentido estrito, tangentes aos préstimos fáticos decorrentes dos direitos sociais; bem como nos direitos a prestação em sentido amplo, este separado em direitos à proteção, e direitos à organização e procedimento.

Os direitos a proteção podem ser atendidos de diversas formas, como, por exemplo, mediante a instituição de normas, materiais ou procedimentais, bem como por prestações fáticas⁹³. Logo, as normas constitucionais de natureza procedimental, como as que garantem o contraditório e o direito à fundamentação das decisões, podem ser encaradas, de um lado, como normas de direito fundamental à prestação em sentido amplo de caráter protetivo, ou por outro ângulo, como direitos de defesa.

Ainda dentro da categoria de direitos a prestação em sentido amplo, vale examinar a feição dos direitos fundamentais concernentes à organização e procedimento. Quanto à definição de procedimento, o autor em comento o conceitua como “sistemas de regras e/ou princípios para a obtenção de um resultado”, o qual será positivo desde que obtido em consonância com o procedimento devido⁹⁴.

O grupo dos direitos à organização e procedimento pode ser entendido tanto como direitos à criação de certas normas procedimentais, quanto como direitos a uma determinada interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais⁹⁵.

Alexy, ainda, divide tal grupo de funções em quatro categorias de direitos, no caso, as competências de direito privado; a organização em sentido estrito; a formação da vontade estatal; e os procedimentos judiciais e administrativos ou procedimentos em sentido estrito⁹⁶.

Para esta pesquisa foca-se no grupo que toca os procedimentos judiciais ou administrativos ou grupo de procedimentos em sentido estrito. É em função de tal grupo que se pode obter uma proteção jurídica efetiva, decorrente da obediência de um procedimento adequado a resultados corretos.

Já, na visão de Canotilho, os direitos fundamentais podem exercer quatro funções, as quais são repartidas na função de defesa ou de liberdade; na função de

⁹³ ALEXY, 2008, p. 450.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 473. SARLET, 1998, p. 194-195. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e défice procedimental. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 75-76. É preciso destacar que no item 4 desta pesquisa o conceito de procedimento a ser trabalhado será outro, o qual não diverge, necessariamente, deste agora apresentado. Cf. item 4.2.

⁹⁵ CANOTILHO, 2008, p. 475.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 483-484.

prestação social; na função de proteção perante terceiros; e na função de não discriminação⁹⁷.

O autor em comentário destaca a íntima relação entre o procedimento e a função pública, ao afirmar que para o Estado exercer o poder que lhe foi titularizado precisa convertê-lo em atos legítimos, os quais devem obediência a um procedimento previamente regulamentado. Com isto demonstra que o próprio exercício das funções públicas está submetido a um percurso procedimental, o qual deve ser adequado aos direitos fundamentais e aos princípios básicos do Estado de direito democrático⁹⁸.

Ingo Wolfgang Sarlet, assim como fazem Alexy e Canotilho, assevera que do conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível retirar consequências para que se aplique e interprete as normas procedimentais. No entanto, o referido autor destaca a diretriz para a formatação estrutural da organização e do procedimento nos quais se dará a devida interpretação e aplicação de uma norma fundamental. Busca, com isto, ressaltar a interdependência entre os direitos fundamentais, as organizações públicas e os procedimentos. Afinal, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais impele ao Estado um dever de proteção, o qual é realizado por um procedimento ordenado e justo, destinado a efetivar e garantir, eficazmente, os direitos fundamentais⁹⁹.

Só então Sarlet separa as funções dos direitos fundamentais em dois grandes grupos, os direitos de defesa, e os direitos a prestações.

Quanto aos direitos de defesa vale citar a percepção de Sarlet sobre as garantias fundamentais, tidas como instrumentos de efetivação dos direitos por elas protegidos. Estas se consubstanciam em verdadeiros direitos subjetivos autônomos¹⁰⁰, de modo que é cabível falar tanto em “direitos-garantia”, em garantias fundamentais, ou simplesmente em direitos fundamentais. Isto importa que os direitos fundamentais também sejam vistos por uma feição instrumental, de natureza processual, sem, contudo, deixar de ser direito subjetivo¹⁰¹.

⁹⁷ CANOTILHO, 2003, p. 408-410.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 545.

⁹⁹ *Idem*, 2008, p. 148.

¹⁰⁰ É cogente elucidar que a categoria em epígrafe distingue-se das chamadas garantias institucionais, as quais são formadas por um complexo de normas jurídicas destinadas a proteger o núcleo essencial de institutos jurídicos de natureza pública ou privada. Ainda, as garantias institucionais podem ser vistas como espécie das garantias fundamentais, mas nem sempre irão compor tal grupo. Neste sentido: BONAVIDES, 2005, p. 525-559. SARLET, 1998, p. 181-185.

¹⁰¹ SARLET, 1998, p. 180-182.

Em consideração ao comentário do parágrafo anterior, este trabalho, ao falar do contraditório e da fundamentação das decisões, trata-os como direitos fundamentais processuais. Pretende-se, com isto, ressaltar as variadas dimensões, perspectivas e funcionalidades que ensejam ambos, ao invés de reduzir-lhes a complexidade à característica instrumental denotada pelo termo garantia.

Em retorno à teorização elaborada por Sarlet, percebe-se que o grupo de direitos à prestação é repartido em prestações em sentido estrito, concernentes a prestações materiais; e prestações em sentido amplo, subdividida em direitos à proteção, e em direitos à participação na organização e procedimento¹⁰².

Aqui importa mais o grupo dos direitos a prestação em sentido amplo, subdivididos em direitos à proteção e direitos à participação e procedimento. Sarlet trata este último grupo como desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. E como visto antes, tal perspectiva acarreta ao Estado deveres, como a criação, a organização, a estruturação, a manutenção, a disponibilização e a efetivação de procedimentos e processos. Assim, aponta a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais como responsável pela outorga de parâmetros para a criação e constituição de organizações estatais, bem como para a criação e constituição de procedimentos¹⁰³.

A funcionalidade procedimental em pauta recebe de Canotilho uma interessante contribuição quando o referido autor ressalta a imbricação entre o “procedimento e/ou processo” e os direitos fundamentais. Numa visão tripartida ele dissecar tal relação em questões nas quais procedimento e processo são reconduzíveis a instrumentos de proteção e realização dos direitos fundamentais; questões em que procedimento e processo são configurados como instrumentos adequados e justos para limitação ou restrição dos direitos fundamentais; e questões na quais procedimento e processo são proclamados como locais ou espaços de exercício dos direitos, liberdades, e garantias¹⁰⁴. Aclara que sob os três prismas mencionados encontram-se discursos substancialmente diferentes, donde se depreende a existência de direitos “pelo” procedimento, de direitos “no” procedimento. Logo, não há como reduzir os direitos ao procedimento e processo apenas à visão prestacional.

¹⁰² SARLET, 1998, p. 167.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 147.

¹⁰⁴ CANOTILHO, 2008, p. 72.

Adiante, conferir-se-á especial atenção à narrativa que se considera o procedimento/processo como local ou espaço de exercício dos direitos fundamentais. Por ela é possível ressaltar o exercício da cidadania a partir dos direitos fundamentais procedimentais, haja vista a participação ativa que proporcionam. De tal modo, os cidadãos podem buscar agir de forma emancipada mediante o exercício de direitos fundamentais procedimentais, atuando democraticamente, sem se deterem à feição meramente prestacional, decorrente da exigência de condutas estatais positivas, tão cara ao paternalismo do Estado social. Isto requer que se avance pelo conceito de *status activus processualis*.

3.4.2 O *status activus processualis*

Pelo que já se examinou até aqui, falar em participação num Estado democrático implica em garantir e praticar o próprio princípio democrático, diretriz maior insculpida na Lei Fundamental pátria. Antevista também foi a preferência pela concepção deliberativa de democracia, a qual requer a participação num ambiente adequadamente plural e discursivo¹⁰⁵.

Neste sentido é de grande valia a teoria de Peter Häberle, a qual põe a lume o caráter emancipatório dos direitos fundamentais, além de escancarar o momento cívico ativo do cidadão em face dos poderes públicos¹⁰⁶. Por tal função Häberle acrescenta à teoria de Jellinek o *status activus processualis*, o qual é definido como o “núcleo de todas as normas e formas que regulam a participação procedimental dos cidadãos atingidos nos seus direitos fundamentais através do Estado de prestações”¹⁰⁷. Nota-se que com Häberle a teoria dos quatro *status* de Jellinek é retirada dos ares de absolutismo tardio na qual foi elaborada, sendo relida a partir de fundamentos democráticos. Além de superar a centralidade do *status negativo*, típico do Estado liberal, avança o *status positivo*, tão forte no Estado social. Assim, ocorre

¹⁰⁵ Cf. item 2.3.

¹⁰⁶ ALEXY, 2008, p. 271-273.

¹⁰⁷ HÄBERLE, Peter *apud* CANOTILHO, 2008, p. 73, nota de rodapé n. 3. No mesmo sentido informa: MEDINA, José Miguel Garcia. A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, a. 40, n. 90, p. 15-30, jan./jun. 2010.

a realocação do cidadão da categoria de pertença do Estado à de membro de uma comunidade política¹⁰⁸.

O *status activus processualis* é condizente com a feição procedimental e organizatória dos direitos fundamentais, prestando contas com a perspectiva objetiva destes¹⁰⁹. Por ele, nota-se assim com maior intensidade o emaranhamento entre as ideias de cidadania, de participação, de soberania popular, de democracia, de direitos fundamentais, de procedimento e processo. A própria expressão “*status activus pocessualis*” já denota uma feição da cidadania ativa que permanentemente se afirma pela via procedimental e processual¹¹⁰.

Para fazer frente à realidade aberta, plural, complexa e secularizada das sociedades hodiernas o *status activus processualis* surge como o “*status fundamental*” da vida em comum democrática, constituindo-se ele próprio num direito constitucional¹¹¹. A qualidade processual e procedimental de tal *status* está diretamente vinculada a um direito de participação do cidadão, visto tanto como um direito a participação “no” Estado, como um direito a participação “em face do” Estado.

Tal feição contrasta também a dependência cooperativa entre Estado e sociedade, a qual pressupõe mecanismos que valorizem a participação democrática em todos os âmbitos dos poderes públicos. Pelo *status activus processualis* vê-se que o cidadão, ao dispor de instrumentos jurídicos processuais para influenciar diretamente no exercício das decisões dos poderes públicos que afetam ou podem afetar seus direitos, garante a si mesmo um espaço de liberdade e de autodeterminação¹¹². Ocorre, assim, a efetivação da democratização por meio da participação e da liberdade pela via do procedimento. A participação do titular do direito fundamental no processo decisório converte tal procedimento num mecanismo de abertura da Constituição. Legitimam-se, deste modo, as medidas adotadas pelos poderes públicos no atendimento dos seus fins institucionais.

¹⁰⁸ SCHILLACI, p. 232-233. Ainda, em igual sentido: ALEXY, 2008, p. 254.

¹⁰⁹ SARLET, 1998, p. 157.

¹¹⁰ Neste sentido: TORRES, Ricardo Lobo. **Direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 279-280.

¹¹¹ LEAL, Mônia Clarissa Henning, Jurisdição constitucional aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. **Revista de Direito Público – RDP**, v. 1, n. 21, p. 33, mai./jun. 2008.

¹¹² AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; ALMEIDA; Angela. Direito ao procedimento e/ou direito ao processo para a defesa do meio ambiente. **Revista Seqüência**, n. 63, p. 280, dez. 2011,

Com a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais dinamizadas pela via procedimental, se pode atender a perspectiva objetiva destes sem que seja preciso apelar para uma eventual ordem estática de valores meta-jurídicos¹¹³. Há uma confluência entre o exercício de direitos subjetivos e a realização da norma objetiva em virtude da participação dos sujeitos num processo integrativo e cooperativo de tomada de decisão. Isto faz com que o exercício da autonomia privada, enquanto direito subjetivo, acabe se conectando à autonomia pública, que por sua vez é exercitada em busca de uma conformação da perspectiva objetiva das normas de direitos fundamentais. Vê-se então que a referida perspectiva objetiva dos direitos fundamentais passa a ser considerada como uma ordem de valores aberta, criticável e pluralista, cujo conteúdo é solidificado ao longo do caminho no processo decisório participativo.

A participação colaborativa nos procedimentos de tomada de decisão auxilia a própria criação das pré-condições necessárias ao pleno desfrute dos direitos fundamentais, permitindo a autodeterminação e a “autorealização” da pessoa¹¹⁴. E diante das complexidades da sociedade contemporânea, não há como depositar o cumprimento dos deveres institucionais decorrentes da perspectiva objetiva numa ordem de valores pré-estabelecida, erguida de forma subjetiva e monocular, a ser imposta sobre os demais. Num Estado de Direito constitucional e democrático, o sistema de direitos que organiza, limita e orienta os poderes públicos, precisa ser encarado como um processo dinâmico de integração, continuamente reconstituído pelo exercício democrático dos direitos fundamentais, sempre aberto à pluralidade de argumentos oriundos da sociedade¹¹⁵.

O *status activus processualis* estabelece uma relação entre direito, procedimento e Estado constitucional, proporcionando a devida integração da comunidade jurídica¹¹⁶. Tal concepção é a mais condizente com a noção de Estado democrático, no qual a questão da legitimidade também precisa ser colocada numa perspectiva democrática. Na medida em que se efetive uma participação influente,

¹¹³ SCHILLACI, Angelo. *Derechos fundamentales y procedimiento, entre libertad y seguridad*. **Revista de Derecho Constitucional Europeo – ReDCE**, a. 7, n. 13, ene./jun. 2010, p. 220. Sobre o ponto desdobra-se a discussão entre procedimentalistas e substancialistas, sobre a qual se remete à: SANTOS JUNIOR, Sândalo Vianna dos. A legitimidade das decisões proferidas no exercício da jurisdição constitucional. In: **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

¹¹⁴ SCHILLACI, 2010, p. 212.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 220-223.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 231.

paritária e simétrica nos processos decisórios, amplia-se as possíveis perspectivas e abordagens, alargando-se, igualmente, o potencial de racionalidade e de legitimação democrática dos resultados obtidos.

Por tal via torna-se claro que uma demanda processual em busca da realização de direitos fundamentais não trata apenas de um fato individual, contingente, em que o Estado é acionado para atuar coercitivamente na defesa de interesses particulares. Fica também em foco a possibilidade de autodeterminar-se através do exercício dos próprios direitos mediante a participação em procedimentos destinados a decidir sobre as prestações dos poderes públicos, sejam elas prestações normativas, de interpretação e aplicação, ou fáticas¹¹⁷.

Por conseguinte, com esboço no *status activus processualis*, fica assegurada a participação direta do titular do direito subjetivo no procedimento decisório, podendo influenciar no preenchimento do conteúdo objetivo do direito que lhe cabe¹¹⁸. Deste modo é possível promover a integração social pertinente ao papel do direito nas sociedades complexas.

Logo, o *status activus processualis* garante a dimensão procedimental dos direitos fundamentais conferindo ao cidadão a faculdade de participar nos procedimentos decisórios dos poderes públicos, favorecendo o exercício das autonomias pública e privada ao longo do caminho processual.

No âmbito interno do procedimento a resolução do conflito será operada pela argumentação e motivação dos sujeitos envolvidos em cada ato que compõe o itinerário processual, de modo que, ao fim, poderá ser alcançada uma decisão participativa, legítima e racionalmente fundamentada¹¹⁹.

Mais uma vez, o contraditório e a fundamentação das decisões aparecem como integrantes do procedimento participativo, a fim de configurá-lo como espaço de exercício da liberdade individual e da autodeterminação do cidadão. Assim, a participação no procedimento e através do procedimento acabam se transformando em funções intrínsecas aos direitos fundamentais, fazendo com que o processo se liberte da condição de mero instrumento, passando a ser encarado também como um direito fundamental a ser efetivado¹²⁰.

¹¹⁷ SCHILLACI, p. 233-234.

¹¹⁸ *Ibidem*, 2010, p. 236.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 237-239.

¹²⁰ CANOTILHO, 2008, p. 74.

3.5 CONSEQUÊNCIAS DA *JUSFUNDAMENTABILIDADE* DOS DIREITOS PROCESSUAIS

Especificamente na seara jurisdicional são possíveis várias relações nas quais se situa o cidadão diante do Estado.

Paulo Medina, por exemplo, considerando apenas o exercício do devido processo, liga o *status libertatis* ou negativo ao exercício de direitos de defesa, proporcionando ao indivíduo a faculdade de agir em juízo. Ele ainda relaciona o *status subjectionis* ou passivo à submissão das partes ao resultado final do processo¹²¹.

Willis Santiago Guerra Filho equipara o *status activus processualis* precisamente ao direito de ação e a seus desdobramentos endoprocessuais¹²².

De modo semelhante, Hermes Zaneti Junior, destaca que os “direitos fundamentais são direitos políticos em todas as suas dimensões”, de modo que o próprio direito de ação deve ser visto como um direito cívico, por força do *status activus processualis*¹²³. Por este prisma, enquanto reflexo dos direitos fundamentais ao procedimento (ou direitos fundamentais à organização e ao procedimento; ou direitos fundamentais ao procedimento e processo¹²⁴), o próprio direito processual civil seria dotado de *jusfundamentabilidade*, o que revelaria seu cariz político de “direito positivo ativo frente ao Estado e aos demais órgãos de atuação do poder na sociedade democrática”¹²⁵.

O próprio Häberle afirma que a participação pelo processo jurisdicional torna-se integral a participação democrática, alçando o direito processual ao patamar de direito fundamental¹²⁶.

¹²¹ MEDINA, 2010, p. 16.

¹²² GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 3 ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 31.

¹²³ ZANETI JUNIOR, 2007, p. 60-63.

¹²⁴ Cf. item 3.4.1.

¹²⁵ ZANETI JUNIOR, *op. cit.*, p. 148.

¹²⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 48.

Nota-se que o *status activus processualis* se torna condição basilar no Estado Democrático de Direito, uma vez que assegura a plenitude das outras modalidades de *status*¹²⁷.

Vieira de Andrade chega a considerar o direito de participação como um misto entre os direitos de defesa e os direitos a prestação, que, permeados pela ideia de igualdade, cumprem a finalidade de influenciar na formação da vontade política da comunidade¹²⁸.

Segundo Paulo Medina, o projeto do novo Código de Processo Civil reconhece a imprescindibilidade de uma cidadania procedimentalizada ao afirmar, em seu artigo 5º, que “as partes têm o direito de participar ativamente do processo”¹²⁹. Assim, o cidadão é reconhecido como o centro do processo, sendo servido por este¹³⁰. Medina ressalta ainda que para um Estado realmente poder ser considerado como um “Estado Democrático de Direito”, devem ser garantidos processos em que haja efetiva participação ativa das partes envolvidas¹³¹. Assevera que a feição democrática, plural e participativa do processo civil também foi exposta logo no primeiro artigo do projeto do novo Código de Processo Civil, afirmando que processo judicial deve se dar em conformidade com os valores e princípios constitucionais¹³². O autor em questão comenta que o processo é espaço no qual se devem materializar os princípios éticos do Estado Democrático de Direito. Para isto o processo deve ser, enquanto método de resolução de conflitos, um espaço de proteção e realização de direito, e ainda, um espaço no qual se permita exercitar democraticamente tais direitos¹³³.

¹²⁷ MEDINA, 2010, p. 17.

¹²⁸ VIEIRA ANDRADE, 2004, p. 179.

¹²⁹ Cf. art. 5º. In: BRASIL. **Projeto de Lei nº. 8046/2010**. Código de Processo Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 30 jan. 2013.

Acesso em: 10 de out. 2012.

¹³⁰ MEDINA, *op. cit.*, p. 29.

¹³¹ *Ibidem*, p. 17.

¹³² Cf. art. 1º. In: BRASIL. **Projeto de Lei nº. 8046/2010**. Código de Processo Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 30 jan. 2013.

¹³³ MEDINA, *op. cit.*, p. 15-17.

Todos os atos e fases do processo hão de propiciar a participação. As partes precisam ter condições de influir no processo de formação da solução jurídica a cada vez que pleitearem a proteção adequada a um direito material¹³⁴.

Mas cabe salientar que as diferentes funções dos direitos fundamentais por vezes se reúnem no caso concreto. Assim, as garantias fundamentais, instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais, também são direitos subjetivos, são garantias fundamentais, normas de competência privada, direitos de proteção, regras ou normas de conduta da atuação estatal, entre outros, incidindo, ao mesmo tempo, ou não, de acordo com as peculiaridades da situação¹³⁵. São também, de uma só vez, direitos subjetivos e normas objetivo-institucionais¹³⁶. Urge abandonar a feição meramente instrumental do processo, a qual acaba por reduzir direitos a artifícios estratégicos empregados na busca do sucesso das próprias razões¹³⁷.

Aplicando tal pensamento às garantias fundamentais processuais do contraditório e da fundamentação das decisões observa-se que elas definem o conteúdo da posição de liberdade do seu titular, acarretando direitos de defesa. Mas também, enquanto posições de competência delineiam a capacidade ou poder de agir do seu titular, as quais, se desrespeitadas, acarretam a nulidade o ato ofensor. Ainda, ambos podem ser vistos como direitos subjetivos na qual o titular se encontra na posição exigir do Estado o direito a algo. Este pode ser, dentre outros, uma prestação que viabilize o acesso à jurisdição pelo um processo devido, ou ainda pode ser o modo justo da própria participação no processo.

Nesta linha, também cabe pleitear aos poderes públicos uma interpretação e aplicação dos direitos ao contraditório e à fundamentação das decisões que viabilize uma participação paritária, simétrica, cooperativa, argumentativa e racional, para que as razões carreadas pelas partes sejam efetivamente consideradas na decisão, vindo a influenciá-la. Fornecem, ademais, um direito proteção do Estado contra ato de terceiros que lhe sejam contrários. Tal direito se conecta ao dever dos poderes públicos de proteger os direitos fundamentais em geral. Os direitos fundamentais ao contraditório e à fundamentação das decisões estão ligados também aos direitos de

¹³⁴ MEDINA, 2010, p. 17.

¹³⁵ SARLET, 1998, p. 179.

¹³⁶ LANDA ARROYO, César. *Teoría de los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 6, p. 71, enero/junio 2002.

¹³⁷ MOREIRA, 2004, p. 161.

feição cívica e política de participar ativamente na formação da opinião e da vontade estatal por meio de procedimentos adequados.

Em suma, ambos os direitos podem ser vistos, pelo prisma subjetivo, como direitos de defesa, direitos à proteção, direitos procedimentais e direitos à participação. Por outra senda, quando encarados pela perspectiva objetivo-institucional, revelam deveres estatais que se identificam com as proibições de intervenção, de excesso, de omissão, de proteção deficiente, de retrocesso, bem como com os deveres de segurança jurídica, de evitar riscos, de proteção contra terceiros e o de proteção da confiança legítima.

Constata-se, além de tudo, a existência de um direito subjetivo a uma resposta prestacional dos poderes públicos ao que lhes for demandado; bem como o direito subjetivo a que tal resposta seja construída de modo cooperativo e participativo ao longo de um processo adequado. O primeiro perfaz o direito de acesso à jurisdição; já o segundo, trata do direito ao devido processo legal.

Sob tal visão procedimental o direito fundamental de acesso à jurisdição e o direito fundamental ao devido processo legal passam integrar o próprio conteúdo essencial de cada um dos demais direitos fundamentais¹³⁸. Ambos os direitos podem ser percebidos como reflexos dos demais direitos fundamentais, quer pela perspectiva subjetiva, quer pela objetivo-institucional. Assim, há um direito subjetivo aos dois direitos em comento, bem como um dever estatal de garanti-los, possibilitando aos cidadãos respostas adequadas obtidas pelo caminho adequado do devido processo¹³⁹.

Insta gizar, ainda, a harmonia entre as propostas da teoria do discurso de Habermas, da quarta dimensão dos direitos fundamentais de Bonavides, e do *status activus processualis* de Häberle. Todas apontam para a necessidade de uma participação procedimental simétrica, paritária, isonômica, plural e cooperativa, capaz de influenciar na formação democrática da opinião e da vontade dos poderes públicos. Logo um direito fundamental, ainda que de natureza processual, deve ser visto, concomitantemente, em todas as suas dimensões, ou seja, como direito de defesa, referente à sua primeira dimensão; como direito de prestação estatal, como na segunda dimensão; como proteção difusa e coletiva, típica à terceira dimensão; bem como participação democrática, apta a garantir o pluralismo, aos

¹³⁸ AUGUSTIN; WOLKMER; ALMEIDA, 2011, p. 286. Ainda, neste estudo, Cf. item 4.3.

¹³⁹ Neste sentido vide: MEDINA, 2010, p. 23. SARLET, 1998, p. 194. LEAL, 2008, p. 33.

moldes da quarta dimensão. Neste sentido asseguram-se o direito ao processo, pelo acesso à jurisdição; o direito no processo, pelo devido processo; e o direito pelo processo ou através do processo, por meio de uma participação ativa, simétrica, paritária, pública e informada, influente e cidadã¹⁴⁰, amparada no devido processo.

Diante disto, a importância dos direitos fundamentais procedimentais concernentes ao acesso à jurisdição e ao devido processo salta aos olhos. E apesar de simbiose entre ambos, uma vez que um não se completa sem o outro, o exame que aqui se busca requer um corte metodológico. As questões pertinentes à prestação da atividade jurisdicional, enquanto decorrentes à faceta do direito fundamental de acesso à justiça, serão mitigadas em prol de uma abordagem mais detalhada do direito ao devido processo. E o estudo prosseguirá de tal modo, pois se acredita que a participação democratizada deve ir além do acesso. Não basta assistir a formação da vontade estatal, é necessário que se possa influenciá-la. Tal medida só se efetiva mediante uma participação paritária, imparcial, simétrica, de matiz emancipatório.

Enfim, será buscado no conteúdo do *status activus processualis*, mais especificamente no interior do direito fundamental ao devido processo os alicerces da participação democrática pela via do processo jurisdicional civil. Mas antes, impreterivelmente, há que se clarear o terreno conceitual do procedimento e do processo. As noções de procedimento, de processo, de contraditório e de devido processo ou processo justo amarram-se mutuamente, conforme se verá adiante.

¹⁴⁰ KNOPFHOLTZ, Alexandre. As dimensões do processo: Análise à luz dos direitos fundamentais. **Revista Jurídica do Centro Universitário Curitiba**, v. 16, n. 10, p. 9-35, 2011.

4 CONSTITUIÇÃO, PROCEDIMENTO E PROCESSO: O ÂMBITO DE INTERAÇÃO ENTRE O CONTRADITÓRIO E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

4.1 CONSTITUIÇÃO E PROCESSO

Conforme já mencionando, com o advento do neoconstitucionalismo a supremacia da Constituição determinou uma modificação no modo de encarar o direito e na maneira como lidar com ele¹⁴¹. Como não poderia deixar de ser, direito processual também passou a ser condicionado pela Carta Magna¹⁴². Várias garantias processuais foram inscritas no texto constitucional revelando assim a natureza processual da Lei Maior. Ao mesmo tempo em que o direito processual passa a ser visto como direto constitucional aplicado, a Constituição encontra no processo a forma, o meio e o local de realização dos seus mandamentos¹⁴³.

O direito processual passa a ser visto a partir dos direitos fundamentais, os quais norteiam desde a organização do procedimento e do processo, até o resultado nele obtido¹⁴⁴. Isto repercute tão fortemente que não há como falar de processo fora da Constituição¹⁴⁵.

Institutos como o direito de ação, o direito de defesa, o direito à prova, o direito a um devido processo, bem como as garantias jurisdicionais tomaram a coloração política da Constituição, funcionando como instrumentos de liberdade e igualdade, asseguraadores da dignidade humana¹⁴⁶.

¹⁴¹ Cf. item 2.1.

¹⁴² Neste sentido: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 84.

¹⁴³ GUERRA FILHO, 2007, p. 16-18. _____, 1999, p. 31.

¹⁴⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 100. _____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 372, p. 77-86, mar./abr. 2004.

¹⁴⁵ DANTAS, Miguel Calmon. O direito fundamental à processualização: fundamento para uma teoria geral do processo. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2007 p. 688-696, *passim*.

¹⁴⁶ Neste sentido: COUTURE, Eduardo. Las garantías constitucionales del proceso civil. In: **Estudios de derecho procesal civil**: tomo I – La Constitución y el proceso civil. 3 ed. Bueno Aires: Depalma, 1998, p. 19-95. Ainda, consultar: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 62, p. 135, jan. 2008.

O ideal democrático também alcança o processo, já que passa a se amparar na existência de procedimentos para viabilizar a participação dos interessados como fator de legitimidade das decisões estatais¹⁴⁷.

Mas para saber de que modo o processo judicial pode ser visto como espaço vocacionado para a solução de dissensos, impedindo a ruptura do tecido social, de modo legítimo e racional, é preciso seguir adiante.

4.2 PROCEDIMENTO E PROCESSO

Após constatar, nos capítulos anteriores, que o Estado de Direito constitucional e democrático deve assegurar os direitos fundamentais, seja através de procedimentos e processos, seja no interior destes, urge entender a relação entre tais mecanismos, e como se dá a participação em razão deles.

Foi visto anteriormente que as condições ou *status* de um sujeito podem dar azo a diferentes conteúdos, acarretando situações distintas nas quais o sujeito pode se encontrar. Além dos *status* negativo, positivo, passivo e ativo, há àquele denominado *status activus processualis*¹⁴⁸. Também foi posto que tais situações subjetivas variam conforme a posição assumida ao longo do exercício dos direitos no procedimento e no processo¹⁴⁹.

Uma boa explicação acerca da interação entre tais posições assumidas ao longo do procedimento e do processo, bem como uma distinção satisfatória entre os últimos, pode-se retirar dos ensinamentos de Elio Fazzalari.

Ele parte da conceituação de procedimento como sequência de normas, de atos e de posições jurídicas. Tal série é concatenada de modo que cada um destes três elementos seja visto como pressuposto e condição de validade daqueles que lhes forem subsequentes. Todo o procedimento, observado de modo unitário e estático ou de modo dinâmico e global, visa atingir como resultado o ato final, do qual serão extraídos os efeitos jurídicos¹⁵⁰.

¹⁴⁷ ZANETI JUNIOR, 2007, p. 113 *et seq.*

¹⁴⁸ Cf. item 3.

¹⁴⁹ Neste sentido: MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno**: parte geral e processo de conhecimento. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 54-55.

¹⁵⁰ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 113-115.

No procedimento, cada norma da série regulamenta a conduta do sujeito que está diante dela, qualificando tal comportamento como um direito subjetivo ou uma obrigação¹⁵¹. Tais normas irão prever e valorar os atos do procedimento como lícitos ou ilícitos.

A partir de determinada situação jurídica¹⁵², a norma irá conferir a um sujeito posições de vantagem em relação a um bem, permitindo o exercício de atos qualificados como direitos, faculdades ou poderes. Ao mesmo tempo, tal situação

¹⁵¹ ALVARO DE OLIVEIRA, 2009, p. 130.

¹⁵² Vale dizer que as constatações feitas no item 3 do presente estudo se baseiam em concepções com aporte na teoria da relação jurídica, o que se deve ao objetivo daquele momento da pesquisa de retirar direitos a prestações exigíveis perante o Estado por decorrência de um direito subjetivo. Por outro lado, o emprego dos trabalhos de Fazzalari neste ponto, o qual faz uso do conceito de situação jurídica, justifica-se pelo intento de salientar as possibilidades de comportamento do sujeito diante da norma, sob o ângulo da posição jurídica que este vier a ocupar ao longo do procedimento. Apesar da expressa preferência do autor acima mencionado pela ideia de situação jurídica, não se vê aqui inconsistências em utilizar uma teorização para ressaltar um aspecto jurídico, a saber, a existência de direitos fundamentais no processo; e, em momento diverso, fazer uso de outra técnica para destacar um ponto diverso, no caso, a natureza dinâmica e intersubjetiva do processo como procedimento em contraditório. Tal compreensão conciliadora é compartilhada por autores como: CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 309. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 77-78. Para críticas à teoria da relação jurídica, conferir: MARINONI, 2008, p. 387-480. _____. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 852, p. 11, out. 2006. GONÇALVES, *op. cit.*, p. 170. NUNES, Dierle; *et al.* **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 126. PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. **Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas – VirtuaJus**. Belo Horizonte, a. 2, n. 1, agosto de 2003. Disponível em <http://www.fmd.pucminas.br/VirtuaJus/Prod_Docente_Ano2.html>. Acesso em 05 out. 2012. Cumpre destacar que este estudo perfila-se àqueles que, sem olvidar as críticas existentes à teoria da relação jurídica, entendem possível sua adequação ao processo do Estado de Direito constitucional e democrático. Nessa linha, conferir: MEDINA; WAMBIER, 2011, p. 54. CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2010a, p. 158-173. Tal concepção se mostra, ademais, condizente com a posição de Didier Jr., que ao destacar a polissemia dos termos “procedimento” e “processo” esclarece que é possível conceber, harmônica e concomitantemente, diversas definições sobre os mencionados termos. O referido autor, sob o enfoque da Teoria da Norma Jurídica, esclarece que o processo pode ser visto como método de produção de normas jurídicas. Por outro lado, com amparo na teoria do fato jurídico, apresenta diferentes perspectivas que podem ser lançadas sobre a questão, expondo-as do seguinte modo: a) quando examinados do plano da existência, procedimento e processo podem ser vistos como sinônimos, significando, ambos, ato jurídico complexo de formação sucessiva; b) partindo do plano da validade, o procedimento é gênero do qual o processo é espécie, sendo este especificado pelo elemento que se torna seu requisito de validade, o contraditório; c) enfim, do plano da eficácia, analisando os efeitos jurídicos decorrentes do fenômeno processual, o processo pode ser encarado como o conjunto de relações jurídicas entre os diversos sujeitos que nele atuam, ou como uma relação jurídica complexa, composta por um feixe de situações jurídicas (direitos, deveres, competências, capacidades, ônus, etc.) titularizadas pelos sujeitos processuais. Cf. DIDIER JR., Fredie. O juízo de admissibilidade na teoria geral do direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, a. 4, v. 6, p. 322-354, jul. / dez. 2010b. Disponível em: <http://redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf#page=322>. Acesso em: 15 jan. 2013. _____. **O direito de ação como complexo de situações jurídicas**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br>>. Acesso em: 16 mar. 2013. _____. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e ao processo de conhecimento**. 15 ed. Salvador: Juspodvim, 2013, v. 1, p. 23-25. Ainda, retomando-se o exame do processo, cf. itens 7.2, 7.3 e 7.5.

definirá, para outros sujeitos, posições de desvantagem, como deveres, sujeições ou ônus¹⁵³.

Ainda, na teoria em comento, a legitimidade do resultado obtido ao término do procedimento é conferida pela participação dos sujeitos, cujos interesses serão afetados pelo ato final¹⁵⁴.

Todavia, para Fazzalari, o processo possui algo a mais que o procedimento. Apresenta-o, então, como espécie do gênero procedimento qualificada pelo contraditório¹⁵⁵. Assim, conceitua o processo como procedimento em contraditório, no qual estão habilitados a participar todos aqueles que sofrerão os efeitos do ato final¹⁵⁶.

Percebe-se que uma relação lógica de inclusão entre procedimento e processo, estando do segundo inserido na classe do primeiro. Conclui-se que o processo é uma figura mais específica que o procedimento, possuindo, além das qualidades deste último, o predicado de desenvolver-se pelo contraditório, realizado entre as partes interessadas nos efeitos do ato final¹⁵⁷.

É preciso gizar que não é qualquer participação no procedimento que caracteriza o processo. A estrutura dialética do processo requer a participação em simétrica paridade, com mútua implicação das atividades desempenhadas, de modo que cada contraditor possa exercitar e suportar as escolhas, reações e controle, um do outro, no intento de afetar ato final¹⁵⁸.

Portanto, a estrutura processual é vista como um complexo de atos concatenados e pressupostos, tendentes a um ato final, desenvolvido pelo contraditório das questões aventadas pelos interessados nos efeitos da decisão, numa participação realizada em simétrica paridade¹⁵⁹.

Cumpra-se, assim, que o órgão julgador, o autor do ato final, ou seja, do provimento estatal, deverá se colocar em imprescindível posição de simetria diante dos demais sujeitos processuais, a fim de guiar o diálogo processual. No entanto,

¹⁵³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 76-86. ROSA, Alexandre Moraes da. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. **Novos Estudos Jurídicos – NEJ**, v. 11, n. 2, p. 219-233, jul./dez. 2006, p. 221. Ainda, com algumas diferenças, ao considerar a faculdade como uma posição neutra, ver: CABRAL, 2010a, p. 159-162.

¹⁵⁴ Cf. itens 3.5 e 5.2.3.

¹⁵⁵ Cf. item 5.

¹⁵⁶ FAZZALARI, 2006, p. 118-119.

¹⁵⁷ GONÇALVES, 2012, p. 98. ALVARO DE OLIVEIRA, 2009, p. 130-132.

¹⁵⁸ Vide item 5.2.3.

¹⁵⁹ FAZZALARI, *op. cit.*, p. 35-41. No mesmo sentido: GONÇALVES, 2012, p. 98-101, 153.

isto não significa que ele seja um contraditor no processo. O órgão jurisdicional é sujeito no processo, dele participando ativamente, atuando no exercício de sua função em decorrência do dever que advém da norma. Todavia, participa desinteressadamente no tocante aos efeitos do provimento que irá exarar¹⁶⁰.

Assim, serão contraditores apenas o autor e o réu. Os demais sujeitos participantes manifestam seus argumentos de acordo com a posição que assumirem ao longo do debate processual. Já o juiz, encontra-se sempre numa posição de dever diante da norma, determinando que este cumpra com a obrigação de sua função jurisdicional.

O processo judicial, em Fazzalari, conta com duas fases, uma preparatória do ato final, outra na qual se emana o provimento. O contraditório movimenta todos os atos da fase preparatória, de maneira dinâmica, paritária, e simétrica. Isto não significa a necessidade de igual número e conteúdo de atos. Estes se darão consoante predispostos em lei, mas sempre com simetria entre as posições subjetivas assumidas entre os contraditores¹⁶¹.

Insta ressaltar que na visão de processo ora em tela a sentença não decorre da consciência ética e solitária do juiz, mas, antes se mostra como a conclusão dos atos antecedentes, realizados em contraditório¹⁶².

Não há, também, uma relação de submissão entre os sujeitos processuais, e sim de interdependência¹⁶³. Tal relação intersubjetiva, dinamizada pelo contraditório, irá legitimar a decisão jurisdicional¹⁶⁴.

A concepção em questão salienta a estrutura subjetivamente complexa do processo, e a natureza policêntrica e plurissubjetiva do debate procedimental em contraditório. Foca as ideias de liberdade para a participação e de igualdade no proceder desta, favorecendo o pluralismo das sociedades complexas¹⁶⁵.

¹⁶⁰ FAZZALARI, *op. cit.*, p. 121-124. Ainda, sobre o modo de participação do órgão judicial, conferir item 5.2.5.

¹⁶¹ FAZZALARI, 2006, p. 178.

¹⁶² LEAL, Rosemíro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 83.

¹⁶³ Esta é a principal crítica feita por Fazzalari à noção de processo como relação jurídica. Para ele, tal concepção acarreta na ideia de submissão de um sujeito passivo a outro, caracterizado como sujeito ativo da relação processual. Para mais detalhes sobre tais considerações, ver: FAZZALARI, *op. cit.*, p. 109-113, 336-341.

¹⁶⁴ NUNES, 2012, p. 204-206. Cf. item 7.

¹⁶⁵ Cf. item 5.2.6.

Um estudo do direito processual a partir de tal base lança o processo como seu epicentro¹⁶⁶. Ora, nada mais coerente, uma vez que este se destina a garantir direitos pela sua via, além de assegurá-los no decorrer de seu itinerário. Ainda, resgata-se o cariz participativo, emancipatório e democrático da via processual enquanto direito fundamental, ampliando a legitimidade do provimento derivado da função jurisdicional¹⁶⁷.

Não há como passar despercebido pela tonalidade democrática de tal concepção de processo, haja vista a possibilidade de participar na formação do poder estatal. Ainda, elimina-se a ideia de submissão entre os sujeitos processuais ao longo da fase preparatória, prevalecendo a simetria entre os debatedores. A relação assimétrica de sujeição só retorna na fase decisória, com o provimento estatal imperativo, o qual incidirá sobre a esfera de direitos dos interessados¹⁶⁸.

Entretanto, no Brasil, a constitucionalização das garantias processuais não se deteve ao contraditório. Existem outros direitos fundamentais de natureza processual que também auxiliam na comunicação intersubjetiva no âmbito procedimental. Esta pesquisa pretende demonstrar que, especificamente, a fundamentação das decisões judiciais, quando conectada ao contraditório, amplia a mencionada racionalidade no interior do processo, proporcionando um diálogo colaborativo adequado à concepção democrática.

Logo, antes de examinar detidamente o contraditório e a fundamentação das decisões, urge perscrutar quais os demais direitos fundamentais que asseguram, constitucionalmente, a devida participação ao longo do debate processual, bem como o modo como estes se relacionam.

¹⁶⁶ ZANETI JUNIOR, 2007, p. 209.

¹⁶⁷ Nota-se ademais o distanciamento de visões que inserem a jurisdição como centro do estudo processual, como as esposadas por Chiovenda, Liebman e Dinamarco, erigidas em meio aos afãs de sociedade individualistas, e adaptadas ao posterior Estado social. Vide: CHIOVENDA, Guiseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 37-41. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1980, p. 19-58. DINAMARCO, 2009, p. 95.

¹⁶⁸ Neste sentido: LEAL, 2010, *passim*. NUNES, 2012, *passim*. ZANETI JUNIOR, 2007, *passim*. TEIXEIRA, 2008, *passim*. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 99. MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 143. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 89-93.

4.3 O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Neste capítulo já se aventou a imprescindibilidade de procedimentos e processos que estejam em conformidade com os preceitos da Carta Magna para que muitos dos direitos nela inscritos sejam efetivados. Destacou-se, ainda, que o modo pelo qual se desenvolve a via procedimental requer a coerência com os direitos fundamentais constitucionalmente previstos. A posição adotada, que considera o processo como procedimento em contraditório também foi claramente colocada. Mas é curial que se evidencie que o referido predicado do processo não é o único elemento que deve estar presente nos discursos processuais.

Para uma noção constitucionalmente adequada de processo, que evidencie, além de sua natureza protetiva e garantista, seu viés dialógico e emancipatório, destinado à concretização e realização de direitos, é imperativo cotejar o que foi visto até o momento com a noção de devido processo legal¹⁶⁹.

A Constituição Federal de 1988 inovou, trazendo em seu texto a cláusula do devido processo legal¹⁷⁰. A referida norma é tida como o “princípio fundamental do processo civil, (...) base sobre a qual todos os outros se sustentam (...)” Deste modo, entende-se que todas as demais garantias processuais dela decorrem numa relação entre gênero e espécie¹⁷¹.

Alia-se à noção de processo justo, o qual seria a “expressão dinâmica do devido processo legal processual”¹⁷². Caberia ao contraditório, em sua perspectiva dinâmica, animar a relação processual movimentando os interesses envolvidos¹⁷³. Assim, às garantias procedimentais mínimas previstas em abstrato, são adicionados

¹⁶⁹ DANTAS, 2007, p. 709-712, *passim*.

¹⁷⁰ O artigo 5º, inciso LIV assevera que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. In: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 jan. 2013.

¹⁷¹ Nestes pontos concorda-se plenamente com tal entendimento de Nery Junior. Para maiores informações: NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 60.

¹⁷² MITIDIERO; OLIVEIRA, 2010, p. 28. PORTO, Sérgio Gilberto; USTARROZ, Daniel. **Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 121.

¹⁷³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 70.

valores ético-morais, qualificadores do meio e do fim do processo, dotando-o de equidade e justiça¹⁷⁴.

Com base em tais ideias é possível extrair um modelo constitucional de processo, com o qual se faz a demarcação de um padrão mínimo de garantias processuais, retiradas do interior do sistema constitucional de garantias do cidadão¹⁷⁵.

Há quem prime pela expressão devido processo constitucional, no intento de salientar a sua base decorrente da Carta Magna¹⁷⁶. Assim, se agregam ao termo outros dispositivos constitucionais que versam sobre normas processuais, como as garantias acumuladas pelos tratados e acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário¹⁷⁷.

Quanto à nomenclatura a ser empregada nesta pesquisa, é útil fazer a seguinte elucidação. Entende-se que a afirmar que o processo deve conformidade à Constituição parece obviedade, diante do exposto até o momento¹⁷⁸. Quanto à denominação “processo justo”, caso não se aceite a tese da redundância de sentido retro citada, se pode alegar ainda a considerável vagueza semântica proporcionada. Logo, adiante, priorizar-se-ão no texto as expressões “devido processo legal” e “modelo constitucional de processo”. Fica acentuado, todavia, que o uso das referenciadas locuções pode ser cambiado sem qualquer prejuízo¹⁷⁹.

Vale pontuar, ainda, a questão da dissecação do devido processo em facetas substancial ou material, e procedimental ou formal. Este estudo perfila-se ao entendimento de Ávila. O referido autor salienta a desnecessidade de apartar o

¹⁷⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e "giusto processo" (modelli a confronto)*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 90, p. 95, abr. 1998. _____. *Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica*. **Revista de Processo**, v. 108, p. 133, out. 2002. _____. *Garanzie minime del "giusto processo" civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 112, p. 159, out. 2003. _____. *Il "giusto processo" civile in Italia e in Europa*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 116, p. 97, jul. 2004.

¹⁷⁵ ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 87, p. 63, jul. 1997.

¹⁷⁶ LEAL, 2010, p. 51-64. PORTO; USTARROZ, 2009, p. 121.

¹⁷⁷ GOMES, Luiz Flavio. Estado constitucional e democrático de direito e o devido processo criminal. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2007 p. 507-540.

¹⁷⁸ Cf. itens 2.1 e 4.1.

¹⁷⁹ A expressão devido processo legal tem sua gênese no *due process of law* inglês. No entanto recebe traduções diversas conforme a cultura que o assimile. Didier Jr. bem ilustra isso, expondo que os portugueses adotaram a expressão “processo equitativo”, enquanto os italianos optaram por “processo giusto” (sendo a ideia recebida no Brasil sob a alcunha de “processo justo”), além do termo “fair trial”, também corrente na Europa. Cf. DIDIER JR., 2013, 45. Logo, reitera-se que possibilidade de alternância entre as locuções “devido processo legal”, “devido processo constitucional”, “processo justo” e “modelo constitucional de processo”.

devido processo legal em feições substancial e procedimental¹⁸⁰. Tal construção, em geral, tem o escopo de situar no âmbito do devido processo legal substancial os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade¹⁸¹. Para Ávila, o fundamento dos princípios em questão radica nos princípios da igualdade e da liberdade, o que torna dispensável falar em um devido processo substancial¹⁸².

Ademais, compreende-se aqui que conferir um tratamento indivisível ao devido processo legal contribui para a fortificação de sua natureza procedimental. Afinal, separar artificialmente dois aspectos de um mesmo direito ao processo devido poderia acarretar o errôneo entendimento de que é possível atender uma das perspectivas sem o respeito à outra. As consequências jurídicas do devido processo decorrem da sua aplicação. Esta deve ser realizada, obrigatoriamente, por completo. Assim ocorre com qualquer mandamento jurídico, em razão da sua natureza deontológica. Não existe uma aplicação decorrente do devido processo legal formal e outra derivada do substancial. Existe apenas a aplicação correta do direito ao processo devido¹⁸³.

Além disso, tal visão auxilia a percepção de que o devido processo legal é uma norma diferenciada, a qual, por tratar do modo estatal de agir, não aceita a sua ponderação casual. A força normativa de tal princípio emite uma eficácia permanente, linear e resistente, acarretando a necessidade de que ele seja sempre observado, em toda atuação estatal, em qualquer situação. Isto ressalta a distinção de função, de nível e de eficácia do princípio do devido processo legal¹⁸⁴. Compartimentá-lo em um campo substancial e outro procedimental pode ter como resultado o indesejável sobejo de um aspecto em detrimento do outro.

Percebe-se que o estabelecimento e a observância de normas destinadas a institucionalizar um meio processual adequado à participação permite legitimar o agir

¹⁸⁰ Repartem desta forma seu estudo sobre o devido, por exemplo, os seguintes trabalhos: NERY JUNIOR, 2004. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido Processo Legal Substancial. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2008. Para um estudo aprofundado da matriz estadunidense, por todos: SILVEIRA, Paulo. **Devido processo legal (due processo of law)**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

¹⁸¹ Para uma distinção entre a razoabilidade e a proporcionalidade, cf. Silva, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

¹⁸² ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 163, p. 50, 2008. Em sentido contrário, corroborando a tese que dissocia o devido processo legal em formal e substancial, ao tempo em que saúda o “modo bem peculiar” que esta foi assimilada pela experiência jurídica brasileira, ao extrair os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade do devido processo legal substancial, cf. DIDIER JR., 2013, p. 49-53.

¹⁸³ Reside aí a diferença entre normas do tipo princípio e valores, conforme se verá no item 4.3.2.

¹⁸⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 122-132.

estatal. Tal medida, concomitantemente, gera segurança, garantindo a liberdade do cidadão¹⁸⁵. Esta dupla noção do processo precisa estar sempre à vista num Estado de Direito democrático. Afinal, enquanto direito subjetivo do cidadão, o processo, em cada uma de suas etapas, há que manter o elo com sua origem, radicada no controle do poder público, bem como na promoção dos ideais constitucionais, dentre eles a liberdade, a igualdade, a democracia e o pluralismo. O devido processo legal tem a função de sintetizar todas estas características sob um padrão mínimo de atuação estatal e de participação popular no poder.

A complexidade do estudo do devido processo legal decorre desta natureza híbrida, a qual enseja análises diversas, mas tangentes, já que ele pode ser visto como direito, garantia, princípio e cláusula geral, por exemplo. Ainda, é ele, juntamente com seus corolários, o instituto responsável por fazer do processo um mecanismo capaz de garantir direitos e controlar o poder estatal. Quando levado a sério, permite uma participação popular real e efetiva no Estado e na sociedade, se apresentando como condição democrática apta a assegurar a legalidade, a igualdade e o acesso à jurisdição¹⁸⁶.

Pois bem, é preciso ter em mente que as garantias do contraditório e da fundamentação das decisões mantêm as características da cláusula do devido processo, da qual provém, em razão da relação de pertinência existente entre os primeiros e o segundo¹⁸⁷. Esta é a razão de uma análise mais detida ao devido processo. O que for doravante constatado neste tópico também será aproveitado para os direitos ao contraditório e à motivação das decisões. Especialmente, a determinação do conteúdo do devido processo legal, local em que residem o contraditório e a fundamentação das decisões. Afinal, estes são subclasses daquele, de modo que conservam os predicados da classe a que pertencem, mesmo que observados isoladamente.

¹⁸⁵ RODRIGUES, 2010, p. 70.

¹⁸⁶ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Reflexões sobre processo e constituição: a tarefa transformadora do processo e a efetividade do Estado Democrático de Direito. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 18, p. 224, jul. 2006, *passim*.

¹⁸⁷ COPI, 1978, p. 139-145, *passim*.

4.3.1 Texto elaborado como cláusula geral

Trata-se de uma técnica legislativa na qual o texto normativo prevê no seu antecedente uma hipótese fática composta por termos vagos, ao passo que o seu consequente estabelece efeitos jurídicos indeterminados. Contrapõe-se à técnica da casuística, destinadas a conferir rigidez e fechamento ao sistema¹⁸⁸.

Ainda, diferem dos conceitos jurídicos indeterminados, pois nestes o suporte fático é composto por expressões vagas, enquanto as consequências jurídicas são legalmente previstas¹⁸⁹.

A referida indeterminação carreada ao sistema de direitos pela cláusula geral amplia a área dentro da qual a norma jurídica pode ser trabalhada. A delimitação do seu alcance e sentido requer um exame mais acurado acerca das circunstâncias do caso concreto em debate.

De um lado, a elaboração de textos normativos no modelo de cláusulas gerais, por sua vagueza semântica, favorece o acerto na aplicação do direito em relação às peculiaridades da situação em tela, bem como atende à perspectiva dinâmica do sistema de direitos, livrando-o da estática jurídica proporcionada pelo próprio ordenamento. Isto incrementa a validade e legitimidade do direito por permitir decisões mais acertadas, as quais tenderão à maior aceitação consensual.

Mas há o contraponto. Agiganta-se o espaço para construção solitária de decisões. O risco de arbitrariedade, de abuso, de decisionismo e de paternalismo também aumenta, perigando a falência do direito enquanto fator de integração social. Em tais cenários os destinatários das normas jurídicas não se enxergam como seus coautores. Sem a participação democrática e plural não é possível a aceitação racional das decisões estatais exaradas no exercício da função jurisdicional.

A solução seria converter a carga negativa deste quadro num parâmetro positivo. Isto é possível justamente com o emprego da base teórica estudada até o presente momento. A participação discursiva no interior de um procedimento destinado a obtenção de um provimento jurisdicional que considere as pretensões

¹⁸⁸ DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 187, set. 2010a. _____, 2010b, p. 155-162. _____, 2013, p. 36-40. MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, abr. 2012, p. 61.

¹⁸⁹ MITIDIERO, 2012, p. 61.

levantadas pelos interessados favorece a noção de democracia. Aquilo que poderia acarretar insegurança se torna, assim, justamente um fator de agregação, desde que o debate seja pautado por um processo devidamente estabelecido.

Neste sentido, a própria Constituição fez menção a vários mecanismos que devem ser observados no interior do processo. Além do contraditório, agora visto como elemento definidor do seu conceito, outros direitos e garantias foram previstos como integrantes do conteúdo mínimo para que o processo possa ser qualificado como devido.

4.3.2 Norma jurídica do tipo princípio

A norma a ser extraída do dispositivo constitucional que prevê o devido processo é do tipo princípio¹⁹⁰. Isto significa que ela possui um caráter obrigatório, sendo deontológica, assim como as regras. No entanto, difere desta por uma maior indeterminação no seu conteúdo, bem como pela possibilidade de coexistência com outros princípios contrários no interior do mesmo sistema jurídico¹⁹¹.

São, portanto, normas naturalmente mais fluídas e abstratas que precisam ser densificadas para sua correta aplicação, o que pode se dar tanto por outras normas de caráter mais específico, quanto pelas circunstâncias de um caso delimitado. Esta maior imprecisão nas condições de aplicação não desqualifica a validade universal das normas principiológicas, uma vez que elas continuam valendo para todos, genericamente. Tampouco o caráter deontológico é comprometido, pois os princípios permanecem válidos ou inválidos, sendo necessário identificar se o contexto requer a aplicação da norma apontada. O que ocorre é que as condições de aplicação tornam-se mais abertas às circunstâncias definidas em concreto,

¹⁹⁰ Para melhor compreensão da posição que será aqui esposada conferir: HABERMAS, 2010, p. 314-323. GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 143, p. 191-209, jul./set. 1999. COURA, Alexandre Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional**: para análise crítica da “jurisprudência” dos valores à luz da teoria discursiva de Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009, p. 109 *et seq.* Ainda, para outras concepções das normas jurídicas, regras e princípio, cf. VALE, 2009. ÁVILA, 2011. ALEX, 2008.

¹⁹¹ NUNES *et al*, 2011, p. 74-79.

mediante um exame discursivo e interpretativo de adequação, ao invés de serem anteriormente fixadas, de forma abstrata, como ocorre com as regras¹⁹².

Isto proporciona maior dinamicidade ao sistema de direitos, já que a aplicação de normas principiológicas, quando concorrentes numa dada situação, será efetivada conforme as circunstâncias do caso, mediante uma adequação normativa, a ser realizada discursivamente, a partir da pluralidade de argumentos levantados¹⁹³. Assim, debate-se a correção normativa de uma norma do tipo princípio partir das razões apresentadas no caso concreto.

Esta concepção é cabível também na abordagem do contraditório e da fundamentação das decisões, sendo ambas as normas jurídicas especificadas como princípio¹⁹⁴. Mas não é apenas o baixo grau de detalhamento das condições de aplicação de normas principiológicas como o contraditório e a fundamentação das decisões que demanda uma adequação normativa no caso concreto. Toda norma jurídica precisa passar por uma correção normativa em relação ao seu contexto de aplicação, a partir de um exame discursivo de adequação que considere o devido processo legal, no intento de se alcançar uma interpretação constitucionalmente adequada, justa, correta. Trata-se de um “realinhamento constitucional” do texto normativo em face de determinada situação de aplicação, o qual deve considerar o sistema jurídico como um todo. Só então a aplicação normativa fundar-se-á em certa regra ou princípio, objetivando sempre a salvaguarda do sistema constitucional¹⁹⁵. Com isto o próprio sistema de direitos fundamentais resguarda sua integridade.

Neste estudo, foca-se apenas nos parâmetros discursivos e interpretativos estabelecidos pelos direitos fundamentais processuais ao contraditório e à fundamentação das decisões judiciais, a fim de se garantir meio e resultado adequados a uma aplicação normativa correta.

Logo, muito mais do que meros valores, fins, metas, sugestões ou orientações do constituinte, os princípios perfazem um mandamento normativo, dotado de obrigatoriedade, acertado discursivamente no caso concreto. Isto significa que tais normas não podem ser simplesmente ponderadas, monologicamente, ao

¹⁹² GALUPPO, 1999, *passim*.

¹⁹³ NUNES, *et al*, *loc. cit.*

¹⁹⁴ Cumpre esclarecer que o princípio da fundamentação das decisões é extraível do texto constitucional. Todavia, é possível retirar norma do tipo regra pertinente ao dever de fundamentar as decisões de textos infraconstitucionais, como o CPC, quando o consequente normativo é sistematicamente detalhado.

¹⁹⁵ COURA, 2009, p. 255-263.

talante dos juízes e tribunais; tampouco a discussão sobre sua correta e adequada aplicação pode ser antecipadamente rechaçada das diversas instâncias jurídicas.

4.3.3 Eficácia

No que diz respeito à amplitude das consequências jurídicas da norma que prevê o devido processo legal, é válido mencionar a direção e alcance que seu comando assume, o momento em que se realiza, e as funções que exerce.

A eficácia em pauta se direciona tanto na linha vertical como no plano horizontal. Verticalmente, atinge as relações entre Estado e cidadão, já na linha horizontal, incide sobre as relações privadas entre os particulares¹⁹⁶.

Marinoni acrescenta a eficácia vertical com repercussão lateral, concernente, em essência, aos direitos fundamentais processuais. No seu entender, tais normas incidem direta e imediatamente sobre o órgão estatal responsável pela função jurisdicional, o qual, ao prolatar seu provimento, fará com que a eficácia da norma que lhe orienta repercuta de modo indireto e mediato no âmbito dos particulares. Assim, a imposição vertical da norma ao Estado, fará com que este emita um ato que recairá sobre o particular, gerando efeitos também no âmbito privado, de modo horizontal¹⁹⁷.

Portanto, todas as pessoas, físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, são, em geral, destinatários e titulares da norma em comento¹⁹⁸. As anotações protetivas específicas ficam a cargo da competência legislativa devidamente exercida. Salienta-se, somente, que o conteúdo mínimo do devido processo e de seus desdobramentos não pode ser anulado. Aprimora-se a eficácia do direito processual fundamental conforme o interesse protetivo da legislação em questão¹⁹⁹.

A eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais faz com que estes dispensem a existência de outra norma para que sejam aplicados. Mas também,

¹⁹⁶ BRASIL. STF. RE n. 201.819 / RJ. Rel.: Min. Gilmar Mendes. J. 11 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em 01 mar. 2013. Ainda, cf. BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008.

¹⁹⁷ MARINONI, 2008, p. 77-89. Na mesma toada: MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental ao processo justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v. 45, p. 22-34, 2011.

¹⁹⁸ MITIDIERO, 2011, p. 22-34.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 22-34.

agem de maneira indireta ou mediata²⁰⁰, como ocorre com os direitos fundamentais de natureza processual. Estes possibilitam a adequação normativa em concreto ao garantir o discurso processual, assegurando as condições comunicativas na qual será travada a argumentação intersubjetiva destinada a delimitar as questões fáticas e jurídicas pertinentes ao caso.

Ainda, o devido processo legal e seus corolários assumem diversos papéis em razão da sua atuação sobre outras normas, produzindo diferentes efeitos²⁰¹. A referida atuação se dá de forma direta, quando não depende da intermediação de outras normas, ou indireta, quando dependente.

Sob o ângulo da eficácia direta das normas do tipo princípio, o devido processo legal e seus corolários exercem uma função integrativa, agregando elementos a outras normas.

Já, considerando a eficácia indireta, outros papéis devem ser anotados. Fala-se em função definitória, quando a norma atua na delimitação do conteúdo de um direito mais amplo diante do caso concreto. É o que se dá, por exemplo, quando uma garantia contida na cláusula do devido processo é aplicada, densificando-o. Ainda, existe a função bloqueadora, que afasta a eficácia das normas aparentemente incompatíveis; e a função interpretativa, que permite a interpretação e aplicação adequadas.

Mas, no que tange ao devido processo legal (assim como ao contraditório e à fundamentação das decisões) urge salientar a função rearticuladora, que permite a interação entre os componentes do princípio aplicado. Por conseguinte, o devido processo legal incorpora o sentido das normas que contém, do mesmo modo que as normas ali contidas (como o contraditório e a motivação das decisões) absorvem o significado do complexo normativo em que estão inseridas. Nota-se uma interconexão entre todas as normas radicadas no conceito de processo justo, como se verá a seguir.

Também é importante destacar que, enquanto normas principiológicas, a eficácia do devido processo legal e de seus corolários age no momento de compreensão de fatos e provas. Assim, é possível falar numa eficácia seletiva, que

²⁰⁰ Assim ocorre o que Marinoni denomina de eficácia vertical com repercussão lateral: MARINONI, *op. cit.*, p. 84-89.

²⁰¹ Sobre as funções decorrentes da eficácia das normas jurídicas do tipo princípio, cf. ÁVILA, 2008, p. 50. _____, 2011, 97-102. ÁLVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 27. MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. O princípio do devido processo legal revisitado. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 120, p. 263. DIDIER JR, 2013, p. 34-36.

auxilia a pinçar os fatos que alteraram a previsibilidade, a estabilidade e a continuidade existentes; além da eficácia argumentativa, concernente à valoração dos fatos e consideração das razões dos comportamentos. Esses papéis são de extrema relevância para o diálogo intersubjetivo ao assegurarem a justificação dos comportamentos adotados ao longo do discurso processual²⁰².

Em sentido semelhante, a eficácia atinge os sujeitos processuais ao exercer uma função de defesa ou de resistência, atuando como direitos subjetivos ao impedir intervenções estatais indevidas; bem como uma função protetora, que demanda a adoção de medidas para assegurar a realização das normas jurídicas²⁰³.

4.3.4 Conteúdo

Delimitar o conteúdo do devido processo legal não é atividade comezinha.

Cabe frisar, antes de tudo, que o direito fundamental ao devido processo funciona como um complexo orgânico, não estanque, de direitos e garantias, de modo que o desrespeito a um de seus elementos implica em ofensa direta aos demais. Trata-se de um bloco de natureza garantista, inviolável, aglutinante e compacto²⁰⁴. Em seu interior, cada um dos direitos que o integra funciona adequadamente, desde que amparado pelos seus pares. Ilustrando, não há como garantir a imparcialidade do juiz natural caso se admita prova ilícita na formação do convencimento do juízo²⁰⁵.

Portanto, não se pode discordar que há, entre o contraditório e a fundamentação das decisões judiciais, no mínimo, uma conexão decorrente da raiz comum no devido processo legal. Das múltiplas combinações entre direitos que podem ser retiradas dali nota-se uma singularidade, que também afeta os laços entre o contraditório e a motivação das decisões. O que se faz neste estudo é aclarar as especificidades deste vínculo, o qual ultrapassa a mera identidade genética. Como se verá adiante o diálogo almejado pelo contraditório só se completa com a fundamentação das decisões. Esta, por sua vez, só é suficiente se

²⁰² ÁVILA, 2011, p. 100-102.

²⁰³ *Ibidem*, p. 102.

²⁰⁴ DIAS, 2010, p. 125.

²⁰⁵ PORTO; USTARROZ, 2009, p. 63, 122.

demonstrar a existência do diálogo efetivado pelo contraditório, e justificar as posições adotadas²⁰⁶.

Ocorre, entretanto, que o objeto em exame é volátil. Jamais pode ser encarado de forma estática. A dinâmica histórica e cultural incidente sobre o conceito de direito e sobre cada uma das normas do ordenamento jurídico perpassam todo o sistema de direitos, moldando tanto o seu conteúdo normativo quanto axiológico²⁰⁷.

Diversas são as concepções quanto ao conteúdo do devido processo legal. Investigar cada uma das elaborações a seu respeito não é objetivo deste estudo. Logo, ilustrar-se-ão, doravante, algumas posições teóricas em que os direitos ao contraditório e à fundamentação das decisões são postos lado a lado, juntamente com outras garantias, sendo encarados como parte do núcleo rígido, do conteúdo mínimo do processo devido.

Na linha aqui esposada é cabível citar a harmonia com os entendimentos de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, que abordam as normas constitucionais sobre processo compartimentando-as em quatro espécies. Além das regras orientadoras do processo; há as que tratam da organização da Justiça; as que determinam as garantias indispensáveis à tutela de direitos individuais e coletivos; e as incidentalmente constitucionais. No grupo incipiente, encontram-se às disposições concernentes ao devido processo legal, responsáveis pela aplicação imparcial, adequada e justa do direito positivo. Em tal ponto insere as garantias ligadas à noção de contraditório e de motivação das decisões²⁰⁸.

Já para Cássio Scarpinella Bueno o contraditório e a motivação das decisões judiciais agregam-se ao devido processo legal como parte do grupo dos princípios constitucionais que completam o modelo constitucional de direito processual civil brasileiro. Além deste sintagma, acrescenta ao citado modelo normas referentes à organização judiciária; às funções essenciais à Justiça e aos procedimentos jurisdicionais constitucionalmente identificados; os quais não ferem o tema ora proposto²⁰⁹.

²⁰⁶ Cf. item 7.

²⁰⁷ PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal**: direito fundamental do cidadão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 127.

²⁰⁸ TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva 1989, p. 4, *et seq.*

²⁰⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. **Revista de Processo**,

Leonardo Greco ressalta que as garantias fundamentais do processo estão sintetizadas sob as alcunhas de devido processo legal ou de processo justo. Tais garantias identificar-se-iam sob a divisão dicotômica entre as de natureza individual e as estruturais. As primeiras tocariam os direitos e interesses subjetivos, ao tempo em que as outras alcançariam as condições organizacionais prévias imprescindíveis ao adequado funcionamento da função jurisdicional. Assim, aloca no grupo inicial o contraditório, reservando à motivação das decisões um lugar no outro conjunto, destinado à cadeia estruturante²¹⁰.

Considerando a motivação das decisões e o contraditório como componentes enfeixados na fórmula mínima do processo, identificada pelo direito fundamental ao processo justo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²¹¹ e Daniel Mitidieiro²¹² destacam a importância de tais garantias.

Segundo Ítalo Andolina, o modelo constitucional de processo jurisdicional refletir-se-ia, tradicionalmente, na independência do juiz; na estrutura participativa de formação de decisões estatais (englobando assim os direitos como o de ação, o de defesa, o contraditório, a paridade de armas, etc.); na transparência e na legalidade (trazendo junto a necessária motivação das decisões judiciais e o mecanismo de controle de constitucionalidade por um Tribunal Constitucional); e na efetividade da tutela jurisdicional (impondo medidas cautelares, assecuratórias ou antecipatórias)²¹³.

Só mediante as supracitadas posições, já se pode observar a interessante evolução da questão. Deixou-se uma visão que meramente agrupava as normas positivas base numa pertinência temática, e se avançou para a reunião de direitos fundamentais emaranhados entre si. Intentou-se assegurar mais que a defesa

São Paulo, n. 161, jul. 2008, p. 261-270. _____. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria do direito processual civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 85-139, v. 1.

²¹⁰ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Novos Estudos Jurídicos**, a. 7, n. 14, p. 9-68, abr. 2002, *passim*.

²¹¹ Vários são seus trabalhos nesta levada, salientando sempre a necessidade de adequação entre os valores efetividade e segurança na aplicação das garantias processuais: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, 2009. _____. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 73, p. 10, jul. 1994. _____. A garantia do contraditório. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, p. 103-120, 1998. _____. Efetividade e processo de conhecimento. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 96, 1999. _____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 372, p. 77-86, mar./abr. 2004. _____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 137, 2006. _____. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **Revista Ajuris**, n. 109, mar. 2008, p. 57-71.

²¹² ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 28-29.

²¹³ ANDOLINA, 1997, *passim*.

individual. Ao caminho processual somou-se a segurança de participação, a qual, como direito fundamental, não pode ser restringida ao alvedrio estatal.

Há ali, no modelo constitucional de processo (ainda que sob o título de devido processo legal, de devido processo constitucional ou de processo justo) um círculo menor de proteção subjetiva que não pode ser ultrapassado. Dentro desta redoma inviolável existem garantias que permitem ao sujeito ficar inerte se quiser, mas seguramente defendido de restrições indevidas; ou ainda possibilitam o avanço do indivíduo na formação da opinião e da vontade públicas, participando ativamente, sem que suas manifestações sejam tolhidas ou ignoradas.

Portanto, não há como negar que esta “verdadeira plêiade de normas fundamentais”, que é o devido processo legal, aglutine as promessas constitucionais do Estado de prestar uma tutela jurisdicional justa e efetiva²¹⁴.

Mas o que não se pode fazer é simplesmente afirmar que o devido processo legal é a “convergência de todos os princípios, garantias e exigências do processo civil”²¹⁵, sob o risco de esvaziar sua eficácia. É necessário traçar um núcleo intangível de garantias processuais, para que não a compreensão do mencionado direito não se manifeste casuisticamente.

Ocorre que tal acerto não é tão simples, afinal os direitos apontados como integrantes do modelo básico de processo variam conforme a elaboração doutrinária perscrutada. Como visto a classificação das garantias que o integram é cambiável. Os valores relacionados ao processo justo recebem destaques distintos, consoante a teorização abordada, de modo que o foco se alterna entre ideais constitucionais como liberdade, igualdade, vida, propriedade, imparcialidade, legalidade, segurança jurídica, efetividade, duração temporal razoável, celeridade, justiça, democracia e participação²¹⁶.

Não obstante, é possível apontar, em geral, as seguintes garantias fundamentais como integrantes do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88): o juiz

²¹⁴ SILVEIRA DE OLIVEIRA, Bruno; LIMA NETO, Francisco Vieira. Notas sobre o devido processo constitucional, o litisconsórcio e os processos coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 36, n. 191, jan. 2011, p. 23.

²¹⁵ LUCON, 2008, *passim*.

²¹⁶ Apenas como exemplo da sorte de direitos e valores inseridos na concepção de devido processo vale conferir os seguintes estudos: TUCCI, 1989, p. 4. NERY JUNIOR, 2004, p. 60. ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 28-29. LEAL, 2010, p. 49-69. DIAS, 2010, p. 89-93. BUENO, 2009, p. 85-139. GRECO, 2002, p. 9-15. SILVEIRA, 2001, p. 303-304. MATTOS, 2005, p. 263. THEODORO JUNIOR, Humberto. Direito processual constitucional. **Revista Estação Jurídica**, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 28-43, out./nov. 2009.

natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CF/88), o contraditório (art. 5º, LV, CF/88), a ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88), a inadmissibilidade de provas obtidas ilicitamente (art. 5º, LVI, CF/88), o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/88), a duração razoável (art. 5º, LVXXVIII, CF/88), a publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX, e 93, IX, CF/88), a obrigatoriedade de motivação das decisões (art. 93, IX, CF/88).

Outros direitos como a tutela jurisdicional adequada (art. 5º, XXXV, CF/88), a isonomia processual (art. 5º, *caput*, CF/88), a boa-fé processual e a efetividade muitas vezes também são incluídos no complexo do devido processo legal²¹⁷. De modo mais raro surge ainda a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF/88), o duplo grau de jurisdição (sem previsão constitucional expressa), a paridade de armas (art. 5º, I, CF/88), a necessidade de defesa técnica (art. 5º, LV, CF/88) e a assistência jurídica integral (art. 5º, LXXIV, e art. 134, ambos da CF/88)²¹⁸.

O certo é que a ordem constitucional prevê um conteúdo jurídico mínimo para que a função jurisdicional estatal manifeste seus atos de poder. O processo jurisdicional é tido como o espaço no qual os mencionados direitos fundamentais se relacionam, proporcionando a comunicação entre os sujeitos interessados numa determinada questão, bem como entre eles e o Estado. Assim, qualquer decisão judicial precisa respeitar as garantias fundamentais de natureza processual. Algumas destas (como o contraditório) são tão importantes que se misturam ao próprio conceito de processo. A interconectividade entre tais direitos processuais basilares é responsável por garantir a adequada comunicação entre os sujeitos de direito, quer públicos, quer privados. Independentemente do nome jurídico conferido ao instituto que as alberga (devido processo legal, devido processo constitucional, processo justo ou modelo constitucional de processo) é imprescindível o respeito aos direitos fundamentais processuais. Entre eles, se encontram o contraditório e a fundamentação das decisões. Ambos são responsáveis pelo diálogo intersubjetivo desdobrado no interior do processo, uma vez que oportunizam a elucidação e compreensão das razões subjetivas propulsoras de cada ato.

A perspectiva do espaço processual como ambiente discursivo pautado pelas regras procedimentais, no qual os sujeitos deliberam em contraditório para a formação de uma decisão participativa e democrática é obtida pela confluência da

²¹⁷ DIDIER JR., 2013, p. 46-49.

²¹⁸ Estes apontamentos embasam-se principalmente na bibliografia consultada no presente capítulo.

teoria discursiva do direito e da democracia de Jürgen Habermas²¹⁹ com a teoria do processo como procedimento em contraditório de Elio Fazzalari²²⁰, turbinada pelos demais direito e garantias fundamentais²²¹, inerentes ao devido processo legal²²².

Diante deste caráter discursivo do processo o contraditório e a fundamentação das decisões permitem a elaboração de um provimento estatal legítimo e democrático, mediante a reconstrução participativa da situação fática, necessária à determinação argumentativa da norma aplicável ao caso concreto²²³.

O papel de discursivo do processo no intento de se obter decisões legítimas é assegurado pelos direitos fundamentais processuais, como pode ser inferido das seguintes palavras de Habermas:

Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo qualitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das perspectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários²²⁴.

Nos capítulos vindouros, a observação recairá no contraditório e na fundamentação das decisões. Assim, será possível uma melhor compreensão de como os argumentos postos pelos sujeitos ao longo do processo se relacionam para a formação do ato final da decisão judicial.

²¹⁹ Cf. itens 2.3, 2.4 e 2.4.1.

²²⁰ Cf. item 4.2.

²²¹ Cf. item 3.

²²² Cf. item 4.3.

²²³ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 567-576, *passim*. LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 73-77, 83-86.

²²⁴ HABERMAS, 2010, p. 273-274.

5 O DIREITO AO CONTRADITÓRIO

5.1 O PROCESSO E O CONTRADITÓRIO: EVOLUÇÃO CONCEITUAL

O direito ao contraditório está ligado à própria essência do processo judicial. Sua manifestação embrionária remete às concepções primitivas do direito de defesa e do acesso à justiça.

Já na Antiguidade grega a lógica dialética preconizava que o juízo sobre algo deveria ter fulcro no diálogo argumentativo travado entre partes adversas diante de uma parte imparcial. Para José Souto Maior Borges, a dialética²²⁵ é o próprio sítio do contraditório, sendo esta a guia para qual deve retornar a razão jurídica e o processo judicial²²⁶.

A noção do que hoje se entende por contraditório persistiu como um direito natural ao longo do medievo. Sob o brocardo do “*audiatur et altera pars*”, um complexo de garantias solidificava a necessidade de se respeitar a audiência bilateral antes da adoção de qualquer medida resolutiva sobre conflitos de interesses²²⁷.

Fincado na mencionada base lógica e ética, o processo na Idade Média se revelava aos moldes do denominado *ordo iudiciarius*. Ali, o germe do contraditório podia ser visto na igualdade de tratamento conferida às partes litigantes. Esta pautava todo o curso do processo judicial e da própria investigação da verdade. A

²²⁵ Borges não descarta de anotar que a dialética que defende é aquela cuja genética remete à antiguidade grega, radicada na arte do diálogo e da discussão. Portanto, se afasta do idealismo metafísico de Hegel, bem como do historicismo realista de Karl Marx. Conferir: BORGES, José Souto Maior. **O contraditório no processo judicial**: uma visão dialética. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 39-45.

²²⁶ *Ibidem*, p. 51. Também advoga um retorno à dialética aristotélica o jurista italiano Nicola Picardi, o qual sugere o abandono da lógica apodítica, tipicamente demonstrativa, fortificada a partir da modernidade, como se observa em: PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Forense: Rio de Janeiro, 2008, p. 45-46. E igual linha: ZANETI JUNIOR, 2007, p. 72-79.

²²⁷ PICARDI, 2008, p. 130-131.

reciprocidade entre os envolvidos era tão forte na praxe processual que sequer o papa ou o príncipe podiam dela prescindir sem gerar qualquer mal estar²²⁸.

Entretanto, o mencionado cenário alterou-se com o transcorrer histórico. As visões sobre o direito, o processo judicial e seus princípios, também se modificaram como os demais fatores culturais da sociedade²²⁹. Assim, o caráter axiológico do contraditório, por exemplo, foi se esvaziando com ao advento da modernidade. Os novos ares soprados pelo *jusnaturalismo* racionalista do período iluminista trouxeram a passagem do *iudicium* ao *processus*. Com assunção do processo pelo soberano a isonomia é substituída por uma ordem assimétrica, erigida sobre a autoridade do juiz. Este é visto como sujeito hierarquicamente superior às partes, cuja função no processo é a busca da verdade, somente a ele desvelada, em razão do seu ponto de vista, supostamente privilegiado. Entendia-se que o magistrado deveria assumir uma posição de observador distante e neutro em relação aos feitos burocráticos do novel modelo de processual. A formação do juízo se torna dependente da procissão ritualística conferida pelo formalismo processual²³⁰.

O positivismo superveniente suprimiu ainda mais o contraditório, relegando-o a simples aparato técnico, refletido na formalidade de audiência bilateral. Além de ser desacoplado da ideia de processo judicial, a sua obliteração era considerada, por alguns, plenamente aceitável, e até recomendável²³¹.

Em tal sentido, Dierle José Coelho Nunes elucida que no período do liberalismo processual havia um domínio das partes no processo, estando o juiz dele afastado de modo passivo. A ritualística de procedimentos escritos favorecia o primado da igualdade formal e do princípio dispositivo²³². No entanto, patologicamente, enquanto os excessos decorrentes da primeira acarretavam a impossibilidade de compensação das desigualdades concretas entre as partes (como as de ordem econômica, cultural, política, ou social); o segundo, lastreado na

²²⁸ Esta é a lição de Picardi: PICARDI, 2008, p. 127 e ss. Tais informações são corroboradas em: GRECO, Leonardo. Contraditório, o princípio do. In: BARRETO, Vicente Paulo. (Org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009, p. 155.

²²⁹ LACERDA, Galeno. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 4. ALVARO DE OLIVEIRA, 1998. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE; Kazuo. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 86.

²³⁰ PICARDI, *op. cit.*, p. 33-34, 134-135;

²³¹ É comum remeter tal entendimento à doutrina processualista italiana difundida ao longo da década de 1930. No mesmo tom ecoavam as teorizações provenientes da Alemanha nazista, como se apreende das seguintes leituras: PICARDI, *op. cit.*, p. 138-140. GRECO, *op. cit.*, p. 155.

²³² Trata-se aqui do conceito tradicional de princípio dispositivo, hoje denominado princípio dispositivo em sentido processual ou impróprio. Cf. item 6

autonomia da vontade, relegava às visões estratégicas particulares dos interesses privados em jogo a marcação dos liames do exame processual²³³. Com isto, a efetiva resolução jurisdicional de conflitos práticos era totalmente dependente da expertise e da intenção particular das partes e procuradores envolvidos²³⁴.

Nota-se que, historicamente, até a primeira metade do século XX, a noção de contraditório declinou da posição de razão lógica e ética orientadora da dialética argumentativa entre as partes antagonistas de um processo para a situação de mera formalidade ritualística, resumindo-se à oitiva dos envolvidos antes da enunciação do juízo derradeiro do magistrado²³⁵.

Entrementes, ao cabo de tal período, a mesma insatisfação com a sociedade industrial que volveu a política do liberal ao social tocou a jurisdição. O direito, cuja aplicação passa a ser amparada por uma legislação de caráter nitidamente socializante, começa a ser visto como instrumento de modificação social. Tal dado alavancou o protagonismo da função do juiz ao longo da instrução processual, bem como fomentou o ativismo judicial nas decisões. O caráter público do processo judicial vai sendo cada vez mais exaltado, focando-se, majoritariamente, na pretensão de uma justiça mais acessível e efetiva.

Todavia, no anseio de concretização do valor igualdade, o papel das partes no processo foi sendo solapado. A atenção desmedida à missão do juiz, somada à maior indeterminação na aplicação do direito, acobertam, ainda hoje, decisões lastreadas em percepções de mundo individualizadas²³⁶.

Atualmente, no Brasil, o conteúdo e o alcance do direito ao contraditório são encarados de maneiras distintas. Seja na doutrina ou na jurisprudência as posições destoam, ressoando diversamente nos discursos práticos e teóricos. As transformações sofridas pelo contraditório no período subsequente ao segundo pós-guerra são de relevo ainda mais acentuado ao presente trabalho.

²³³ Galeno Lacerda, por exemplo, ao tratar do princípio dispositivo, alocado como um dos princípios estruturais do processo salienta o poder de disposição das partes, derivado da liberdade que elas possuem sobre os interesses que lhes são próprios. Assim, para o referido autor, o princípio do contraditório seria mera decorrência do princípio dispositivo, adstringindo a decisão judicial ao que for apresentado pelas partes. Ver: LACERDA, 2008, p. 90-92. Aqui não se discorda da adstringência da decisão ao contraditório, mas não se credita tal relação à liberdade do poder dispositivo das partes, e sim ao dever de diálogo, como se verá, especialmente, no item 5.2.5.

²³⁴ NUNES, 2012, p. 74-77.

²³⁵ PICARDI, 2008, p. 127-143, *passim*.

²³⁶ NUNES, *op. cit.*, p. 80-106.

A ele se interligam questões políticas, como aquelas concernentes ao exercício e controle do poder; à legitimidade dos atos estatais; ao regime das relações de natureza pública e privada; às distinções entre os modelos de Estado liberal, social e democrático; além do próprio ideal de democracia e de cidadania. De maneira idêntica, ao contraditório imbricam-se noções axiológicas como a dignidade humana, os direitos humanos, a liberdade e a igualdade²³⁷.

As modificações no Direito constatadas com o advento do neoconstitucionalismo possibilitam compreender sem dificuldades afirmações tão familiares ao entendimento do jurista contemporâneo, mas tão estranhas outrora. Afinal, não causa espanto afirmar atualmente que o direito ao contraditório é uma garantia fundamental, prevista em norma jurídica do tipo princípio, sendo assegurado constitucionalmente, orientando todo o sistema processual pátrio.

Por outro lado, não soa tão suave para alguns dizer que o direito ao contraditório também cambiou seu sentido ante as conversões sofridas pelo modelo de Estado de Direito. Entrementes, a necessidade de se analisar certo paradigma jurídico, assim como os princípios dele decorrentes, sem perder de vista o modelo social circundante é confirmada por Habermas:

[...] os princípios do estado de direito e os direitos fundamentais, apesar de serem determinados *in abstracto*, só são encontrados em constituições históricas e sistemas políticos. Eles são interpretados e incorporados em ordens jurídicas concretas, através do direito constitucional das instituições e processo políticos. [...] Ordens jurídicas concretas não representam apenas variantes distintas da realização dos mesmos direitos e princípio; nelas refletem-se também diferentes paradigmas jurídicos. [...] Um paradigma jurídico não consegue explicar o modo como os princípios de direito e os direitos fundamentais preenchem contextualmente as funções que lhes são atribuídas normativamente, a não ser que se lance mão de um modelo de sociedade contemporânea²³⁸.

Logo, o amparo num modelo liberal de sociedade e de Estado, auxilia na compreensão da amplitude significativa de um direito, bem como da sua práxis aplicativa. De igual modo, “um ‘modelo social de direito’ (...) contém implicitamente uma teoria social do sistema jurídico; portanto uma imagem que esse sistema constrói acerca de seu ambiente social”²³⁹.

²³⁷ Cf. itens 2 e 3.

²³⁸ HABERMAS, 2010, p. 241.

²³⁹ *Ibidem*, p. 241.

Reside aí grande parte da justificativa sobre a abordagem empreendida anteriormente nesta pesquisa²⁴⁰. Assim, já se tendo obrado o alicerce da concepção de contraditório que ora se propugna, a pesquisa se adiantará à análise do conteúdo do princípio jurídico em epígrafe.

5.2 ALCANCE E CONTEÚDO DO DIREITO AO CONTRADITÓRIO

No Estado de Direito, a garantia fundamental do contraditório revela-se como elemento inerente ao processo, desdobrando-se consoante as posições jurídicas assumidas pelos sujeitos processuais²⁴¹.

A norma constitucional que o prevê evidencia o direito subjetivo de participar ativamente do desenvolvimento do processo, em qualquer de suas fases, variando apenas conforme as peculiaridades da modalidade processual em uso. Assim, é assegurada a possibilidade de influência na formação da convicção estatal, evitando-se manifestações unilaterais de poder que surpreendam os demais envolvidos no diálogo processual. Neste sentido, fala-se num dever de colaboração entre os envolvidos no processo.

Esta é a feição contemporânea do contraditório. Mas cumpre esclarecer que não se trata de uma substituição de conceitos pretéritos. Mais acertado é falar numa releitura do direito ora em pauta conforme a cultura desta época. Assemelhando-se ao que aconteceu com as dimensões ou gerações dos direitos fundamentais²⁴², as quais aglutinaram novos sentidos a velhos direitos, o contraditório foi recebendo, pouco a pouco, inserções no seu conteúdo. Até mesmo por ser ele um direito fundamental, tal explicação justifica a sua mudança de perspectiva.

²⁴⁰ Reitera-se a importância do contido nos Itens 2 e 3 deste trabalho para melhor compreensão do paradigma atual do princípio do contraditório. Tais influxos, externos e internos ao sistema jurídico, também acometerão o princípio da fundamentação das decisões, como será posto adiante. Afinal, o resultado não poderia ser outro, haja vista que o Item 4 do estudo ora em pauta serviu para demonstrar a inclinação garantista, dialética, paritária, participativa e democrática que vêm recebendo o direito ao devido processo (devido processo legal ou devido processo constitucional ou processo justo ou modelo constitucional de processo) e a própria conceituação de processo, enxergado como espécie de procedimento em contraditório.

²⁴¹ Neste sentido: NERY JUNIOR, 2004, p. 170. GUERRA FILHO, 1999, p. 40-42. Ainda, para mais informações sobre direitos fundamentais no processo e pelo processo, bem como acerca das concepções de processo e procedimento, consultar itens 3.4.2 e 4.2.

²⁴² Sobre a evolução das dimensões ou gerações dos direitos fundamentais, cf. item 3.2.

Vale dizer que a noção do contraditório preconizada nestas linhas não ecoa solitariamente. O Novo Código de Processo Civil da França²⁴³ (*Nouveau Code de Procédure Civile*) têm sido o roteiro da mudança em comento²⁴⁴. O direito processual de países como Alemanha²⁴⁵, Áustria²⁴⁶, Itália²⁴⁷ e Portugal²⁴⁸ vêm seguindo a mesma direção que aqui se advoga²⁴⁹.

²⁴³ Na atual redação do artigo 16 da referida codificação, datada de 1975, lê-se: “O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que estes tenham sido objeto de contraditório. Ele não pode fundamentar suas decisões em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes a apresentar suas observações.” Esta tradução é encontrada em: DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 50, nota de rodapé nº 91. No original: “*Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.*” Disponível em: <
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006410109&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20130130&fastPos=1&fastReqId=1810720265&oldAction=rechExpTexteCode> >. Acesso em: 30 jan. 2013.

²⁴⁴ DIAS, 2010, p. 97. Em sentido semelhante: DINAMARCO, 2010, p. 523-524.

²⁴⁵ Na Ordenança Processual Civil alemã (ZPO), observa-se: “Direção material do processo. (1) O Tribunal tem de discutir com as partes a questão material e litigiosa, tanto quanto necessário, em seus aspectos fáticos e jurídicos, e tem de colocar questões. Tem, então, de provocar que as partes se manifestem em tempo hábil e plenamente sobre todos os fatos consideráveis, especialmente que possam completar declarações insuficientes para os fatos que são levados em conta, indicar os meios de prova e colocar proposições relevantes. (2) No caso de a parte não ver ou tomar como irrelevante uma opinião [*Gesichtspunkt*], só pode o Tribunal – desde que não se trate de uma demanda reconventional [*Nebenforderung*] – sustentar sua decisão se isso tiver sido indicado por ele e se tiver sido dada oportunidade para exposição. O mesmo vale para uma opinião que o Tribunal avalie diferentemente das duas partes. (3) O Tribunal tem de chamar a atenção para os equívocos no [*Bedenken*] que concerne aos pontos que *ex officio* podem ser levados em consideração. (4) Avisos acerca dessas instruções têm de ser transmitidos tão cedo quanto possível e têm de se fazer registrar nos autos. Sua transmissão só pode ser provada por meio do conteúdo dos autos. Contra o conteúdo dos autos só é admissível a prova de falsidade. (5) Se para uma parte não é possível uma pronta explicação para uma posição judicial, então deve o Tribunal determinar um prazo no qual a explicação possa ser dada por escrito.” Tradução: NUNES, 2012, p. 227-228, nota de rodapé n. 201. No original: “§ 139 *Materielle Prozessleitung*. (1) *Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen.* (2) *Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien.* (3) *Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen.* (4) *Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.* (5) *Ist einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann.*” Disponível em: <
http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/_139.html >. Acesso em: 30 jan. 2013.

O princípio em comento esteve ligado por muito tempo apenas às noções tradicionais de igualdade formal entre as partes e de defesa do acusado. Sob tal prisma, sobrelevava-se o caráter defensivo da norma, aproximando o contraditório aos processos de natureza penal. Isto se comprova com um breve exame do texto das Constituições Federais brasileiras anteriores quando cotejadas à Carta vigente. Somente em 1937, o direito ao contraditório ganhou, expressamente, assento constitucional²⁵⁰. As Constituições de 1946²⁵¹ e de 1967²⁵² repetiram o mencionado espectro, albergando somente o processo criminal.

²⁴⁶ Segundo Nunes, tal país incorporou “a proibição, no ‘§182a’, de decisões surpresa, impondo ao juiz o dever de discutir com as partes alegações de fato e de direito, evitando a obtenção de decisões decorrentes dos próprios convencimentos solitários do magistrado não submetidos à necessária discussão preventiva acerca dos elementos alegados, dos meios probatórios deduzidos e das atividades desenvolvidas pelas partes ou por ele próprio”. NUNES, 2012, *op. cit.*, p. 229. Originalmente, no *Zivilverfahrens-Novelle 2002*, se encontra o seguinte texto: “§ 182a. Das Gericht hat das Sach- und Rechtsvorbringen der Parteien mit diesen zu erörtern. Außer in Nebenansprüchen darf das Gericht seine Entscheidung auf rechtliche Gesichtspunkte, die eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, nur stützen, wenn es diese mit den Parteien erörtert (§ 182) und ihnen Gelegenheit zur Äußerung gegeben hat.”

²⁴⁷ No artigo 101 do Código de Processo Civil italiano está expresso: “Art. 101. (Principio del contraddittorio). Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione.” Disponível em: < <http://www.normattiva.it>>. Acesso em: 30 jan. 2013.

²⁴⁸ Prevê o Código de Processo Civil português, em seu artigo 3º, número 3: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.” Disponível em: < http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e-consolidacao-processo/codigo-processo-civil/downloadFile/file/CODIGO_PROCESSO_CIVIL_VF.pdf?nocache=1286970369.12 >. Acesso em: 30 jan. 2013.

²⁴⁹ DIDIER JR., 2009, p. 50.

²⁵⁰ Dispunha a mencionada Carta: “Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa”. In: BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 15 jan. 2013.

²⁵¹ “Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes. § 25 - É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.” In: BRASIL. **Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 15 jan. 2013.

A extensão hodierna que se emprega ao contraditório foi sedimentada pela atual Carta Magna brasileira. A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 5º, inciso LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”²⁵³.

Entrementes, antes mesmo da promulgação da Carta Política vigente, parte da doutrina já apontava a extensão do direito ao contraditório a processos de natureza administrativa e civil²⁵⁴.

O contraditório não se restringe a afirmação de direitos pela petição inicial e a resistência destes no momento da defesa. Dele se desprendem várias consequências que afetam o conceito do processo, o procedimento das fases processuais, a conduta do órgão jurisdicional, e a atuação das partes. É possível até dizer que os direitos de ação e de defesa são manifestações do princípio ora em epígrafe²⁵⁵.

Portanto, ampla defesa não se iguala a contraditório²⁵⁶. Apesar da proximidade de ambos, estando emaranhados no interior do devido processo constitucional, é possível destacar diferenças. Enquanto a primeira apenas trata da resistência, sendo reflexo da liberdade negativa, o segundo assume um conteúdo mais amplo. Conforme se verá adiante, o contraditório, além da possibilidade de reação, comporta outras facetas como a postura ativa de participação no

²⁵² “Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 16 - A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.” In: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 15 jan. 2013.

²⁵³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 jan. 2013.

²⁵⁴ É o que se percebe, por exemplo, das seguintes leituras: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 65-77. DINAMARCO, Cândido Rangel. O Princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: **Fundamentos do processo civil moderno**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 517-528. GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo: defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. In: **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 1-16. _____. As garantias constitucionais do processo: O conteúdo da garantia do contraditório. In: **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 17-44.

²⁵⁵ NERY JUNIOR, 2004, p. 170.

²⁵⁶ Neste ponto, o presente estudo se afasta de concepções instrumentalistas como a de Bedaque, o qual afirma que o “contraditório nada mais é que a garantia da ampla defesa examinada pelo ângulo do procedimento”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3 ed. 2010. São Paulo: Malheiros, p. 493.

procedimento e pelo procedimento²⁵⁷; a força de inclusão no debate processual²⁵⁸; a garantia de diálogo e colaboração entre os sujeitos processuais²⁵⁹.

Mas também é certo que o conteúdo semântico e a pragmática de ambos não diverge, totalmente, de modo que é possível falar em um “direito fundamental ao contraditório com amplas possibilidades de defesa”²⁶⁰. Entende-se mais acertado afirmar, como Silveira de Oliveira e Lima Neto, que a referência ao contraditório pode ser extensível à ampla defesa, a qual “qualifica as faculdades de participação asseguradas por aquele”. Ou ainda, cabe dizer, como faz Fredie Didier Jr., que a ampla defesa consiste no “conjunto de meios adequados para o exercício adequado do contraditório”²⁶¹. Assim, o contraditório engloba a noção de ampla defesa, mas vai além.

Considerando tal vastidão no tocante ao alcance do princípio do contraditório, a demarcação de seu conteúdo precisa ter em conta as diferentes funções e sentidos por ele albergados. Assim, adiante, a tarefa de aclarar o significado do contraditório terá amparo na norma constitucional que o prevê. Isto torna possível trabalhar uma concepção constitucionalmente adequada do contraditório, sem que as especificações por ele recebidas provenientes de normas infraconstitucionais ofusquem as características primárias do direito em pauta. De tal modo, os seguintes sentidos assumidos pelo contraditório hão de preservar a sua essência, harmonizando-o com o exposto na pesquisa até este ponto.

5.2.1 O binômio informação-reação: a defesa da parte e a igualdade formal assegurados pela bilateralidade de audiência

A tradicional imagem do contraditório revela-se no binômio informação-reação. Por este, às partes, na defesa de seus interesses, deve ser assegurada toda

²⁵⁷ Cf. itens 3.4.2, 5.2.3 e 8.1.

²⁵⁸ Cf. itens 3.4.2, 5.2.4 e 8.2.

²⁵⁹ Cf. Itens 2.4.1, 5.2.4, 5.2.5.

²⁶⁰ SILVEIRA DE OLIVEIRA; LIMA NETO, 2011, p. 24, nota. 14.

²⁶¹ DIDIER JR., 2013, p. 61. Todavia, aqui não se concorda com a conclusão do autor em epígrafe de que o contraditório e a ampla defesa tenham se fundido, “formando uma amálgama de um único direito fundamental”, uma vez que as dimensões interpretativas conferidas ao primeiro, como se verá adiante, extrapolam em muito o tradicional caráter eminentemente defensivo daquela última. Logo, igualá-los pode dificultar a propagação da compreensão participativa e ativa, atualmente conferida ao princípio do contraditório, comprimindo-o à feição passiva, concernente à ideia de resistência, de proteção e de reação, típicas da ampla defesa.

informação pertinente aos atos e termos praticados no processo. Afinal, apenas se munida de tais dados, seria possível a reação de uma parte em relação às alegações formuladas pela contraparte. Fala-se, portanto, na necessidade de informação, para que haja a possibilidade de reação.

Tecnicamente, o direito de informação firma a garantia de ciência sobre a existência e o desenrolar do processo. Trata-se da feição passiva do contraditório, sem a qual não há como oportunizar uma postura ativa do sujeito interessado.

Já, quando se age ativamente, resistindo à pretensão posta em juízo, exercita-se o direito à reação. Aqui se observa a contra-argumentação, responsável por imprimir o movimento dialético no processo judicial.

Ocorre que, enquanto o direito à informação é de atendimento cogente, ante o risco da decretação de nulidade do processo, o direito à reação é disponível ao interesse da parte. Assim, caso não reaja, em regra, o processo segue seu curso com aplicação dos efeitos da revelia.

Disto se constata que o binômio informação-reação é bem traduzido pelos mecanismos de comunicação dos atos processuais, especialmente pela citação do réu ou demandado.

A citação é o exemplo máximo da importância da bilateralidade de audiência. Como primeiro ato de comunicação, por ela se chama ao processo o demandado, cientificando-lhe acerca da existência em juízo de uma pretensão, possivelmente, contrária a seus interesses²⁶². Sem ela, a própria validade do processo fica comprometida²⁶³. Diante de tamanha relevância do ato em questão, o artigo 225 do CPC estabelece uma série de requisito que devem estar presentes no mandado de citação.

Todavia, a lei processual civil prevê hipóteses em que o contraditório há de ser efetivo. É o caso da nomeação de curador pelo magistrado para a realização da defesa dos direitos do demandado em situações que este é citado precariamente. Isto se dá quando a revelia advém de citações feitas por meio de edital ou por hora

²⁶² Em sentido semelhante: MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil: teoria geral do processo civil**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1981, V. 1, p. 380. Do mesmo modo, Dinamarco, para quem a citação é a “alma do processo”: DINAMARCO, 2010, p. 520.

²⁶³ É o que diz o artigo 214 do vigente Código de Processo Civil: “Art. 214. Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu.” *In*: BRASIL. **Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 15 jan. 2013.

certa²⁶⁴. O mesmo se aplica às intimações dos atos praticados, ou a serem praticados, no percurso processual. A informação garante que ambas as partes tenham a oportunidade de dispor do mesmo espaço de atuação na defesa dos próprios interesses²⁶⁵.

Tal concepção finca raízes na noção de bilateralidade de audiência do direito romano, refletido no brocardo *audiatur et altera pars*. Também a fórmula constatada no direito de ser ouvido em juízo (*rechtliches Gehör*), de tradição germânica, e a noção inglesa do devido processo legal (*due process of law*), tratam da garantia de oitiva prévia à decisão. Condicionam, entretanto, o interesse em participar do processo ao eventual risco de prejuízos, decorrentes de uma posição jurídica de desvantagem. Há aí um reflexo do modelo liberal de processo, nitidamente individualista, patrimonialista e formal²⁶⁶.

5.2.2 O direito à paridade de armas

Mas a liberdade de disposição das partes não é plena. Isto ocorre, uma vez que outros valores imiscuem-se no processo, modificando-o. Logo, à liberdade individual, à defesa dos próprios interesses, à bilateralidade de audiência, à necessidade de informação, e à igualdade formal somam-se novos valores e novas perspectivas. Este é o modo pelo qual a igualdade material ou substancial adentra no discurso processual.

Surge a necessidade de se garantir às partes uma concreta possibilidade de atuarem em juízo de modo equânime. Esta garantia, além de ser posta constitucionalmente²⁶⁷, foi assegurada pela legislação infraconstitucional²⁶⁸.

Deste ideal advém o incremento dos poderes do juiz, acarretando no protagonismo e no ativismo judicial. Brota aí a ampliação dos poderes instrutórios do

²⁶⁴ Trata-se, no caso, do artigo 9º, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973. Neste sentido: DINAMARCO, 2010, p. 521.

²⁶⁵ BRASIL. STF. MS n. 25.787 / DF. Rel.: Min. Gilmar Mendes. J. 08.11.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em 01 mar. 2013.

²⁶⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório, princípio do. In: TORRES, Ricardo Lobo, *et al.* (Org.) **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010b, p. 193-197. No mesmo sentido: PROTO PISANI, Andrea. **Lezione di diritto processuale civile**. 5 ed. Napoli: Jovene, 2006, p. 201. Frisando, em tal significação do contraditório, a força do valor liberdade: DINAMARCO, 2010, p. 520.

²⁶⁷ Cf. art. 5º, CF/88.

²⁶⁸ Cf. art. 125, CPC.

magistrado. Logo, diante de tal perspectiva, é possível observar a clara ligação entre o contraditório e o direito à prova no processo²⁶⁹. A partir desta concepção, o contraditório é visto como um direito de participação no processo, tendo sempre como guia a equalização das oportunidades e meios de alegar e provar. A igualdade na discussão processual ultrapassa então o âmbito dos pontos jurídicos controvertidos, para tanger as questões de fato. Há que se proporcionar a paridade na propositura e na produção do material fático que irá formar o convencimento do órgão judicial.

Há um grande influxo das ideias do Estado Social para o processo, afetando os escopos deste e o seu modo de ser²⁷⁰. Assim, tanto o discurso científico, quanto o discurso técnico do processo civil são reapreciados pela lente da igualdade substancial.

Abandona-se o contraditório formal e estático de outrora em busca da efetividade de um modelo dinâmico. Assim, justo é o contraditório que se alterna em grau e intensidade, conforme a realidade das partes no caso concreto, no intento de se garantir a igualdade substancial pela guia da paridade de armas²⁷¹.

No entanto, deste ângulo, a noção de contraditório ainda é restrita à ideia de defesa e de igualdade²⁷².

Especialmente após a segunda metade do século XX²⁷³, alveja-se um processo justo²⁷⁴, norteador pela paridade de armas, no qual a participação, no processo e pelo processo, é encarada como um direito fundamental procedimental²⁷⁵, tornando-se objeto de maiores análises.

²⁶⁹ Sobre o direito à prova, cf. item 5.2.2.

²⁷⁰ No tocante aos escopos meta-jurídicos do processo, remete-se à obra de Cândido Rangel Dinamarco, principalmente a seguinte: DINAMARCO, 2009, *passim*. Já, para um exame da técnica processual civil a partir dos preceitos do Estado Social, vide: MARINONI, 2008, *passim*.

²⁷¹ Sobre o contraditório dinâmico, consultar: Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD**, v. 2, n. 1, jan./jun. 2010.

²⁷² É o que se observa da leitura da doutrina mais tradicional. Ilustrando a visão do contraditório como desdobramento do princípio da igualdade, ver: BERMUDEZ, Sérgio. **Introdução ao processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 97-99. SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1. p. 38-41. Ainda, relacionando o princípio em epígrafe à defesa: TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993, 43-46. SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 2, p. 76-77. FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Constitución y proceso civil na Latinoamérica**. México: UNAM, 1974, p. 31, 63-75.

²⁷³ Tais modificações no cenário jurídico dizem respeito àquelas mencionadas no Item 2.1, o qual trata do neoconstitucionalismo.

²⁷⁴ Cf. item 4.3.

²⁷⁵ Cf. Item 3.4.2, que trata do *status activus processualis*, aborda os direitos no processo e pelo processo.

No dizer de Mitidiero, a paridade de armas, fundada na igualdade, é o pressuposto para que o contraditório se desdobre em sua feição participativa²⁷⁶.

5.2.3 O direito de participação

Bem próxima à ideia de paridade de armas, o direito à participação pelo contraditório se fortifica com o Estado Social. Ao mesmo tempo em que se saúda uma ingerência mais contundente do Estado nas relações sociais, reclamam-se elementos aptos a legitimar o exercício do poder público. O procedimento passa a ser encarado como a forma típica pelo qual o poder deve se manifestar. No entanto, para evitar arbitrariedades, bem como para conquistar a aceitação dos sujeitos que sofrem os efeitos dos atos do Estado, a participação nos procedimentos estatais é elevada a fator de legitimação do agir público²⁷⁷.

O processo jurisdicional é afetado por tal ideia. Após abandonar as vestes privatistas que usava, o processo deixa de ser visto como pura manifestação da vontade das partes para tomar a feição de instrumento público do qual o Estado se vale para efetivar seus objetivos²⁷⁸. Separam-se a disposição privada de interesses das partes, realizada pelo poder de iniciativa do processo, da função jurisdicional do Estado, manifestada pelas questões oficiosas espalhadas no curso do processual²⁷⁹. A função estatal da jurisdição torna-se o foco do estudo do processo. Este é o momento maior do protagonismo judicial.

Mas como ato de poder estatal, a decisão judicial carece de um mecanismo que a legitime. Esta é a alavanca que remete o direito ao contraditório, enquanto mecanismo de participação processual, a elemento de legitimação das decisões

²⁷⁶ MITIDIERO, 2005, p. 51-53.

²⁷⁷ Cf. item 3.4.2.

²⁷⁸ Reside aí a inspiração da instrumentalidade do processo, destacada pela Escola Paulista de processo. Sobre o tema, por todos, sugere-se o estudo da seguinte obra: DINAMARCO, 2009, *passim*. Opondo-se a tal concepção, advogando uma visão de processo calcada na noção de democracia deliberativa, como se faz aqui, vale conferir o seguinte trabalho: NUNES, 2012, *passim*. Ainda. Sobre as diversas escolas de processo civil brasileiras: JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

²⁷⁹ MARINONI, 2008, p. 389.

jurisdicionais²⁸⁰. O contraditório galga o patamar de elemento proporcionador da participação popular através do processo²⁸¹.

Outra vez o elo entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões se apresenta, uma vez que apenas por meio deste último o Estado pode demonstrar a efetivação do primeiro. Dito de modo diverso, somente uma decisão devidamente fundamentada carrega o selo de legitimidade impresso pela participação em contraditório das partes interessadas.

Logo, o órgão judicial incorporou o dever de assegurar a participação das partes, em paridade de armas, ao longo de todo o curso processual, como forma de legitimar as próprias decisões. Como exemplos, citam-se o fomento à participação de ambas as partes na instrução probatória, bem como a atuação do executado nos processos ou fase de execução como elemento destinado a afirmar a legitimidade dos atos de expropriação praticados pelo Estado²⁸².

Ocorre que a essência da mencionada participação também alternou. O agir estatal apregoado pelo Estado Social ampara-se, por vezes, apenas na visão de mundo que lhe é própria, bem como naquela esposada pelos seus agentes. No afã de tutelar o cidadão, os agentes estatais acabam agindo conforme suas pré-compreensões, impondo aquilo que entendem como o bom e o correto. Assim, sobra pouco espaço para as concepções plurais de vida. A participação dos interessados não deve ser apenas formal, estes tem o direito de serem efetivamente ouvidos, e não apenas de falar sem que ninguém os escute. A fim de garantir a intersubjetividade na formação da decisão estatal, e a consequente emancipação cidadã acarretada, os atos do poder público tornam-se devedores da real consideração dos argumentos levantados no interior do discurso processual.

5.2.4 O direito de influência e a proibição de decisões surpresa ou juízos de terceira via

Com o fortalecimento das concepções participativa e deliberativa de democracia, em prejuízo do modelo meramente representativo, a importância da

²⁸⁰ MARINONI, 2008, p. 405-409.

²⁸¹ DINAMARCO, 2009, p. 84 *et seq.*

²⁸² A este respeito, respectivamente, cf. Itens 5.3.2 e 5.3.3.

participação popular na formação do provimento jurisdicional cresce²⁸³. O direito ao contraditório acompanha tal mudança, sendo visto como mecanismo dinâmico destinado a garantir a comunicação intersubjetiva no âmbito processual²⁸⁴. De tal maneira, o contraditório “operacionaliza a abertura democrática dos procedimentos estatais, transformados em palcos dialógicos inclusivos e pluralistas”²⁸⁵.

Há uma garantia de participação efetiva das partes no desenvolvimento do processo, de modo que a discussão dialética entre elas permite o controle e a fiscalização recíproca. Além disto, às partes é dado o poder de influir em todos os elementos processuais, versem eles sobre fatos, provas ou direito, independentemente de terem sido introduzidos pela contraparte ou pelo juiz²⁸⁶.

Logo, para além da mera possibilidade de falar e ser ouvido nos autos, o contraditório, como direito de influência²⁸⁷, garante aos interessados o direito de ter os seus argumentos considerados no momento da decisão judicial. Do contrário, a presença das partes serviria apenas como formalidade, já que suas alegações dispensariam qualquer cuidado. Se não fosse a garantia de influência na convicção estatal, bastaria à decisão judicial a exposição das pré-compreensões e impressões iniciais do juiz no momento da sentença. Todo o esforço das partes seria indiferente para se alcançar o provimento final, e seu interesse ficaria restrito àquilo que foi postulado e refutado nas peças iniciais de ação e de defesa.

Diante de tal concepção, Didier Jr. decompõe o princípio do contraditório em duas dimensões. De um lado haveria uma dimensão formal, correspondente à garantia de participação, a qual assegura a comunicação e a ciência dos atos do processo, além da audiência bilateral, que confere o poder de falar e ser ouvido no processo. De outra banda, fala numa dimensão substancial do contraditório, concernente ao poder de influência, pelo qual as partes têm a possibilidade de influenciar na decisão do magistrado. Salienta que ambas as perspectivas se

²⁸³ Cf. item 2.3.

²⁸⁴ CABRAL, 2010a, p. 112 *et seq.*.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 122.

²⁸⁶ LEBRE DE FREITAS, José Manuel. **Introdução ao processo civil**. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 108-109.

²⁸⁷ O termo “influência” aqui utilizado assemelha-se ao empregado por Habermas, funcionando como “uma forma simbolicamente generalizada da comunicação que regula interações através da convicção ou da persuasão”. Vide: HABERMAS, 2011, p. 95. No mesmo sentido: CABRAL, *op. cit.*, p. 117.

relacionam com a formação dos pronunciamentos judiciais, afetando o exame tanto das questões fáticas, quanto das questões de direito²⁸⁸.

É possível perceber que, mais uma vez, a fundamentação das decisões exsurge como elemento que consolida o contraditório. Por isto, paralelamente ao direito de influência, também se extrai do conteúdo do contraditório a proibição ao órgão judicial de emanar decisões surpresa. São assim consideradas as manifestações jurisdicionais que não guardam qualquer relação com os argumentos levantados pelos interessados ao longo do discurso processual. Caso fossem permitidas decisões surpresa, ficando ao alvedrio do magistrado a opção sobre o que se pronunciar e como fazê-lo, inexistiria a possibilidade de influência na formação da decisão judicial. Ao mesmo tempo estaria esvaziada a garantia de inafastabilidade da jurisdição, pois não haveria dever do juiz de examinar eventual existência de lesão ou ameaça a direito; tampouco vingaria o direito de defesa, afinal, desnecessário seria alegar e provar, já que os argumentos dali extraíveis não precisariam ser considerados no momento decisório²⁸⁹.

Por este viés, são legítimas apenas as decisões judiciais que justificam a refutação ou o acatamento das alegações realizadas no processo, bem como das provas produzidas. Todas as questões devem ser debatidas, e cada ponto duvidoso precisa de resposta²⁹⁰. Inversamente, são nulas as decisões que ofendem o princípio contraditório por não considerarem os argumentos das partes, surpreendendo-as com fundamentos diversos daquilo que foi previamente debatido no processo. Isto significa que, em regra, é defeso ao juiz decidir com base em questões que não tenham sido objeto de contraditório prévio²⁹¹.

Comoglio, Ferri e Taruffo chegam a considerar a efetividade do contraditório como condição de validade do exercício do poder decisório do juiz, sem a qual fica prejudicado o ato final do processo²⁹².

De tal modo, são vedados os juízos de terceira via, caracterizados por serem manifestações solitariamente impostas, para além do que foi postulado, primariamente pelo autor e, num segundo momento, pelo demandado²⁹³.

²⁸⁸ DIDIER JR, 2013, p. 56-60.

²⁸⁹ Nesta linha: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 168, p. 53, fev. 2009.

²⁹⁰ Cf. item 6.2.1.

²⁹¹ Para mais detalhes sobre a nulidade das decisões surpresa, cf. itens 6.5 e 8.6.

²⁹² COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile: il processo ordinario ddi cognizione**. 4 ed. Bologna: Il Mulino, 2006, v. 1., p. 71-72.

Partindo de tal entendimento, Felipe Cola e Carolina Bonadiman Esteves defendem a existência de um “sistema endoprocessual de freios e contrapesos”, o qual possibilita a “persecução argumentativa e dialética da decisão mais justa, e ao mesmo tempo, mais adequada para o caso concreto”. Falam, portanto, de um “acesso à justiça qualitativo”²⁹⁴.

Mas o princípio do contraditório, além de gerar direitos às partes, concomitantemente, acarreta deveres a elas e ao órgão julgador. Por isto, se conecta ao tema o dever de colaboração ou cooperação, objeto do próximo tópico.

5.2.5 O dever de colaboração ou cooperação entre os sujeitos processuais

A visão dinâmica de contraditório alcança também o órgão julgador. É imperativo que este sempre estimule o diálogo entre as partes. A igual oportunidade de participação dos interessados no decorrer do discurso processual legitima a formação do provimento estatal.

Há que se atentar para uma diferenciação pertinente. De um lado, não se pode afirmar que o juiz seja um contraditor no processo, já que ele não é diretamente interessado no resultado do feito²⁹⁵. Todavia, o magistrado submete-se ao contraditório, por dever de obediência às normas constitucionais e infraconstitucionais que o prescrevem. Assim, em decorrência do mandamento normativo endereçado ao juiz, este é obrigado a cumprir atos de direção, de prova e de diálogo²⁹⁶.

Percebe-se que a incidência das normas que refletem o princípio do contraditório no processo civil desdobra-se em posições jurídicas subjetivas de direitos, deveres, ônus e faculdades, endereçadas aos diversos sujeitos que participam do debate processual²⁹⁷. A ele se sujeitam autor, réu, juiz, Ministério

²⁹³ NUNES *et al*, 2011, p. 84.

²⁹⁴ COLA, Felipe de Souza; ESTEVES, Carolina Bonadiman. O juízo de terceira via sob a luz do contraditório substancial. **Revista Depoimentos**, Vitória, n. 14, p. 147-174, jul./dez. 2008, *passim*.

²⁹⁵ Cf. item 4.2.

²⁹⁶ DINAMARCO, 2010, p. 524.

²⁹⁷ Sobre no tema já se falou no Item 4.2, conforme a doutrina de Fazzalari.

Público, terceiros intervenientes, assistentes técnicos, peritos, auxiliares da justiça, enfim, todos que atuarem no processo.

Portanto, é cabível falar na existência de uma “comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre as partes e o tribunal para a realização da função processual”²⁹⁸.

Esse é o ângulo pelo qual o princípio da colaboração se faz reverberar no processo civil. Por ele, os sujeitos processuais estão obrigados a adotar uma postura de diálogo, haja vista o objetivo comum do feito, no caso, a prolação de um ato final²⁹⁹.

Fredie Didier Júnior apregoa que o princípio da cooperação “informa e qualifica o contraditório”³⁰⁰, desdobrando-se em deveres de colaboração. Tais deveres, quando destinados às partes, são repartidos em deveres de esclarecimento, de lealdade e de proteção. Já, ao serem remetidos ao órgão jurisdicional, dividem-se em deveres de esclarecimento, de consulta e de prevenção³⁰¹.

Considerando o rumo da pesquisa em direção à fundamentação das decisões judiciais, focar-se-á sobre os deveres de colaboração do magistrado.

O dever de esclarecimento espelha a necessidade de o órgão jurisdicional sanar junto às partes eventuais dúvidas que lhe afligirem acerca dos pedidos e alegações postos em juízo. Objetiva-se evitar manifestações judiciais denegatórias por motivos de incompreensão daquilo que foi levantado nos autos. Tal dever não confunde a imparcialidade com a inatividade. Portanto, ao juiz é imperativo o esclarecimento do que lhe for obscuro pelo simples questionamento às partes. Como exemplo, o juiz não deve indeferir a petição inicial por obscuridade no pedido ou na causa de pedir, sem antes se abrir ao diálogo com o demandante, proporcionando a este o reparo de eventual irregularidade³⁰².

Ainda, no tocante ao dever de esclarecimento, não basta que o órgão judicial busque elucidar suas dúvidas pessoais junto às partes. É preciso ademais que fique demonstrada a inexistência de dúvidas, expondo-se de forma límpida as razões de

²⁹⁸ A mencionada expressão, utilizada no direito alemão, foi cunhada por Leo Rosenberg, conforme: LEBRE DE FREITAS, 2006, p. 168.

²⁹⁹ DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 127, p. 75, set. 2005. _____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 198, p. 213, ago. 2011.

³⁰⁰ DIDIER JR., 2005, *passim*.

³⁰¹ *Idem*, 2013, p. 93-98.

³⁰² *Idem*, 2005.

decisão na motivação. Portanto, aqui também se adere o dever de fundamentação das decisões³⁰³.

Já, o conteúdo do dever de consulta, está afeto à proibição de decisões surpresa. Por ele, é vedado ao magistrado decidir com base em razões que não tenham sido objeto de debate no processo. Ainda que diante de questões apreciáveis de ofício, o juiz precisa consultar as partes e conhecer a posição delas no tocante a determinado ponto não antes alvitado. Este é o caso, ilustrativamente, em que o magistrado se defronta com questões preliminares (como pressupostos processuais) sobre as quais pode conhecer oficiosamente, mas que, embasado no dever de consulta, intima as partes para se manifestarem sobre os pontos em comento a fim de sanarem, se possível, eventuais irregularidades³⁰⁴.

Por derradeiro, o dever de prevenção acarreta ao órgão julgador a obrigação de alertar as partes sobre eventuais deficiências que existam em suas postulações. Exige-se que o juiz intime as partes, pontuando o melhor modo de acertar uma incorreção constatada.

A estes três, Mitidiero, acresce o dever de auxílio, por força do qual o órgão judicial precisa ajudar as partes na superação de eventualidades que atravanquem o efetivo exercício pelas partes dos direitos, faculdade, ônus e deveres que elas possuem³⁰⁵.

É possível notar que todos os mencionados deveres enfeixam uma exigência maior, o dever de diálogo³⁰⁶. Este incide sobre a posição jurídica de todos os sujeitos do processo, inclusive sobre o órgão jurisdicional. Logo, o juiz também deve observar o contraditório, cabendo-lhe, além da incumbência de promover o “debate preordenado” entre as partes, uma vez que “o que constitui a ordem do processo é a ordem dialética”³⁰⁷.

De modo semelhante, Hermes Zaneti Júnior, ao considerar os influxos da máxima da cooperação no contraditório, sintetiza o conteúdo deste como direito de

³⁰³ DIDIER JR., 2005. Ainda, cf. item. 8.3.

³⁰⁴ *Ibidem*..

³⁰⁵ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 76. Ainda, considerando o dever de auxílio, ver: GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 172, p. 32, jun. 2009.

³⁰⁶ Carneluti já apregoava que “o contraditório se desenvolve nos moldes de um diálogo”. Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: EDIJUR, 2012, p. 70.

³⁰⁷ COUTURE, Eduardo Juan. **Introdução ao estudo do processo civil**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2008, p. 43-44.

influência e dever de debate, desdobrados na participação em simétrica paridade, com a mútua implicação das atividades praticadas pelos sujeitos no curso do processo³⁰⁸.

Ocorre que agora se requer que o órgão judicial também ingresse na comunicação intersubjetiva e dialógica travada no discurso processual³⁰⁹. O referido dever de diálogo, encontrado num modelo cooperativo de processo, cria um verdadeiro “espaço polifônico”, no qual todos os sujeitos que nele participam fornecem elementos para a formação do seu ato culminante, a decisão judicial³¹⁰.

Para além dos aspectos políticos e morais, a técnica jurídica também é favorecida pela colaboração³¹¹. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, por exemplo, destaca a importância para a formação e valoração do material fático a ser considerado no provimento jurisdicional. Partindo da perspectiva dinâmica do direito fundamental ao contraditório, afirma ser este o caminho para que os fatos sejam devidamente cotejados com o suporte fático da norma a qual se pretende ver aplicada. O concurso das atividades dos sujeitos processuais incrementa a pesquisa dos fatos e a valorização jurídica, abandonando a artificial separação entre fatos e direito. Ao longo do itinerário processual pode ficar demonstrado que a melhor solução não seria aquela imaginada de início pelo magistrado. Constata, portanto, a necessidade de recuperação do diálogo judicial na formação do juízo, para que da cooperação resulte uma sentença talhada pelo trabalho conjunto dos sujeitos processuais³¹².

Longe de comprometer a imparcialidade do juízo o diálogo proporcionado pelo direito ao contraditório a favorece. Afinal, o acerto e controle das decisões judiciais são assegurados pela busca colaborativa de entendimento. Assim, ao

³⁰⁸ ZANETI JUNIOR, 2007, p. 190-199, 266-267.

³⁰⁹ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 75.

³¹⁰ A expressão em epígrafe é utilizada por Eduardo Cambi em: _____, 2011, p. 337.

³¹¹ O princípio da colaboração não olvida o conteúdo teleológico e deontológico proporcionado pelo artigo 14, inc. II do CPC, concernente ao princípio da boa-fé e a lealdade processual. Neste sentido: MITIDIERO, 2009, *passim*. DIDIER JR., 2009, p. 45-50. Didier Jr. inclusive relaciona a interação entre os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório como base para o surgimento do princípio da cooperação. Esta pesquisa se harmoniza com a concepção de boa-fé processual, de caráter objetivo, correspondente a uma norma de conduta que impõe e proíbe comportamentos, bem como cria situações jurídicas ativas e passivas. Todavia, este não é foco desta pesquisa, razão pela qual não se aprofundará no exame do princípio da boa-fé processual. Para maiores detalhes, cf. DIDIER JR., 2013, p. 75-83. CABRAL, 2010a, p. 207-235.

³¹² De tal maneira, o citador autor propõe a ideia do formalismo-valorativo, o qual busca um processo justo, consoante os valores imperantes no ambiente processual, como a efetividade, a segurança jurídica, a boa-fé e a lealdade. Vide: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, 2009. _____, 1994. _____, 1998. _____, 1999. _____, 2004. _____, 2006. _____, 2008.

envolver-se no enfrentamento de pontos controversos do processo, o órgão jurisdicional profere decisões mais bem preenchidas de clareza e objetividade, já que amparadas pelas manifestações levantadas pelas partes ao longo do itinerário processual³¹³.

5.3 A AMPLA IRRADIAÇÃO DO CONTRADITÓRIO NO CURSO DO PROCESSO CIVIL

Como visto, o direito ao contraditório desdobra-se nos direitos de informação, de reação, à paridade de armas, de participação, de influência, bem como na proibição de decisão surpresa e nos deveres de colaboração.

Relacionam-se com ele diversas garantias enfeixadas pelo direito ao devido processo legal, sendo ele próprio uma característica essencial do processo. Do mesmo modo, os mecanismos legais encontrados no curso do processo, destinados a reger condutas e movimentar o feito, prestam reverência ao contraditório³¹⁴. Afinal, como direito fundamental, sua restrição só pode ser operada de maneira legítima mediante o diálogo institucionalizado fundado em uma comunicação intersubjetiva que respeite as exigências argumentativas do discurso jurídico constitucional³¹⁵.

Nesta toada, o princípio do contraditório incide sobre os vários tipos ou fases processuais. Ele está presente nas fases ou processos de conhecimento, cautelar e

³¹³ Contra a conexão entre o contraditório e a colaboração, por compreender que a segunda insere no primeiro valores estranhos à natureza de garantia processual que este possui conferir: RICCI, Edoardo F. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. *In*: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 492-499.

³¹⁴ Cf. item 8.

³¹⁵ Nesse sentido, esclarece Virgílio Afonso da Silva que a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais é acompanhada da exigência de fundamentação constitucional, a qual impõe um ônus argumentativo ao agente estatal. Tal carga de argumentação precisa ser preenchida conforme “condições de diálogo intersubjetivo e de controle social da atividade do Legislativo e do Judiciário, a partir de um modelo que impõe, a todo tempo, exigência de fundamentação. O relativismo, portanto, está, aqui, claramente em conexão com as exigências de um Estado Democrático de Direito, que não aceita a restrição aos seus direitos mais fundamentais de forma acobertada, por meio do recurso a intuições, muitas vezes moralistas, e a pré-compreensões mal-esclarecidas”. Cf. _____. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 253-256.

de execução³¹⁶. Ademais, pouco importa se o discurso processual ocorre no campo da jurisdição contenciosa ou voluntária, o contraditório deve ser assegurado³¹⁷.

Trata-se de um direito que percorre todo o itinerário do processo. Independentemente da posição jurídica assumida por um sujeito diante de determinada norma ao longo do processo, o princípio do contraditório incidirá sobre seu comportamento. Assim, o conjunto das variadas condutas subjetivas possíveis detalhadas pelas normas infraconstitucionais (mais específicas por natureza) terá o condão de conferir densidade ao preceito constitucional do contraditório.

Considerando isso, ainda que não esteja previsto expressamente, o magistrado pode determiná-lo de ofício³¹⁸.

Como exemplo, vale citar Leonardo Greco, para quem a efetividade do contraditório ao longo do processo pressupõe os seguintes comportamentos:

a) audiência bilateral: adequada e tempestiva notificação do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais através de comunicações preferencialmente reais, bem como ampla possibilidade de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos, de modo que nenhuma questão seja decidida sem essa prévia audiência das partes; b) direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material; c) congruidade dos prazos: os prazos para a prática dos atos processuais, apesar da brevidade, devem ser suficientes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, para a sua defesa; d) contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação da decisão; e) contraditório participativo pressupõe que todos os contra-interessados tenham o direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem a sua plena participação;³¹⁹

Como visto, a todos atinge o direito em epígrafe.

Numa observação compartimentada, debruçando-se sobre a posição das partes, o contraditório “aglomera um feixe de direitos dele decorrente, entre eles”:

³¹⁶ Para mais detalhes sobre o contraditório no processo ou fase de execução consultar item 8.9.

³¹⁷ Entende-se aqui que os atos praticados pelo Estado na aplicação do direito são tipicamente jurisdicionais. A única distinção entre jurisdição contenciosa e voluntária seria que na primeira há conflito de interesses, ao passo que na segunda estes inexistem. Esta é a linha defendida por Alvaro de Oliveira e Mitidiero: _____, 2010, 129-130. Sobre a ideia inversa, argumentando que na jurisdição voluntária há mera administração pública de interesses privados: RODRIGUES, 2010, p. 88-89.

³¹⁸ Didier Jr. se refere a tal flexibilidade do procedimento como decorrência do princípio da adaptabilidade, elasticidade ou adequação processual. Cf. _____, 2013, p. 86-88.

³¹⁹ GRECO, 2002, p. 23.

a) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso do procedimento; b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante; c) em decorrência do anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária ou, mesmo, oficiosas do julgador; d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazioni*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório; e e) direito a uma decisão fundamentada, em que se aprecie e solucione racionalmente todas as questões e defesas adequadas e tempestivamente propostas pelas partes (fundamentação racional das decisões).³²⁰

Por outra senda, ele também impõe deveres ao órgão jurisdicional³²¹. Assim, incide sobre o modo pelo qual o juiz exercita seus poderes instrutório e decisórios. Sempre que um ponto de fato ou de direito for considerado relevante para a resolução da causa, constituindo, portanto, premissa ou fundamento da decisão, este deve ser levado às partes, a fim de se proporcionar o necessário diálogo institucionalizado no âmbito processual, sob a pena de nulidade do ato decisório³²².

O contraditório também apresenta um forte nexos com as ideias de oralidade e de publicidade requeridas no processo. Enquanto a primeira aprimora a comunicação e a influência na decisão, a segunda garante a transparência e o controle social dos atos praticados. Aqui também se conecta a fundamentação das decisões, já que esta depende tanto do contraditório, quanto da comunicação e influência proporcionadas pela oralidade, bem como da transparência e controle trazidos pela publicidade³²³.

É relevante afirmar que, apesar do cariz garantista do contraditório e da sua nítida relação com a segurança jurídica, tal preceito não equivale à rigidez procedimental. Tal entendimento seria um retorno ao aspecto meramente formal do contraditório. Na verdade, como visto acima, ele acaba por permitir a flexibilização do rito processual, uma vez que, por exemplo, permite em concreto a extensão de prazos para que estes sejam efetivamente gozados em sua inteireza. Ainda, o dever de diálogo por ele proporcionado possibilita a manifestação a qualquer tempo, pelas partes ou pelo juiz, em atenção aos deveres de colaboração, independentemente de previsão expressa na letra da lei³²⁴. O sistema de preclusões não deve interferir no

³²⁰ NUNES *et al*, 2011, p. 83.

³²¹ Cf. item 5.2.5.

³²² NUNES *et al*, 2011, p. 83.

³²³ GRECO, 2009, p. 154-159.

³²⁴ Cf. item 5.2.5.

benefício comunicativo do contraditório, já que este pode ser exercido em diversas modalidades, como se verá adiante³²⁵.

Didier Jr. também corrobora a ideia de que o contraditório engloba diversos outros direitos, esparsos ao longo do percurso processual. Afirma, então, como direito compreendidos pelo contraditório, os seguintes:

(a) o direito de ser ouvido; (b) o direito de acompanhar os atos processuais; (c) o direito de produzir provas, participar da sua produção e manifestar-se sobre a prova produzida; (d) o direito de ser informado regularmente dos atos praticados no processo; (e) o direito à motivação das decisões; (f) o direito de impugnar as decisões.³²⁶

De tal perspectiva fica bem destacada a conexão entre o contraditório e a fundamentação das decisões.

Como visto, a noção de contraditório é extremamente imbricada com a própria concepção de processo, de modo que é cogente destacar a seguinte percepção levantada por Floriano de Azevedo Marques Neto:

Como princípio geral do processo, o contraditório tem uma vertente ontológica e uma vertente operacional. Ontologicamente, o contraditório é pressuposto para a existência de processo: sem a contraposição de interesses não faz sentido se falar em processo. Operacionalmente, o contraditório é de tal forma importante que sem assegurá-lo efetivamente uma teremos uma pantomima, não um processo.
[...].

Assim, o contraditório se põe, para o processo, a um só tempo, como condição de existência (pois no sentido de contraposição de interesses é ele que faz surgir o dever de instituição do processo) e de validade (pois se no curso do processo não for respeitado o direito ao contraditório nos termos da lei, haverá nulidade).³²⁷

5.4 AS MODALIDADES DE CONTRADITÓRIO

Em regra o contraditório deve se dar forma prévia. Os interessados precisam ser ouvidos antes que alguma atitude capaz de invadir sua esfera de direitos seja tomada.

³²⁵ Concorde-se com a seguinte afirmação de Bruno Silveira de Oliveira para quem não se sustenta o vínculo entre “o rigor das preclusões e a garantia do contraditório.” Ver: SILVEIRA DE OLIVEIRA, Bruno. **Conexidade e efetividade processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 277.

³²⁶ DIDIER JR., *et al*, 2009, p. 54.

³²⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2007 p. 274-275.

Não obstante, a legislação infraconstitucional, atentando às peculiaridades de cada caso, às minúcias de determinado direito material a ser protegido, bem como a tensão entre os valores e direitos envolvidos em dada situação, estabelece modalidades excepcionais de contraditório. Trata-se de modulações da sua eficácia, legitimamente impostas, desde que resguardada a soberania popular pelo devido processo legislativo. Insta frisar que se está falando de modulações dos efeitos do contraditório, e não da obliteração do direito fundamental em questão. É imperativo que sempre haja a oportunidade da manifestação em contraditório de um sujeito interessado. Afinal, numa democracia, não se pode interromper violentamente a “circulação de sentido jurídico”, perpetrada pelo diálogo processualizado³²⁸.

Em âmbito doutrinário se fala, portanto em estirpes ou facetas do contraditório, o qual seria encontrado nas modalidades prévia, diferida, eventual³²⁹, mitigada ou preventiva³³⁰.

Como padrão, o contraditório precisa ser prévio. Revela-se então na sua forma mais comum, reclamando que o juiz primeiro ouça as partes para depois decidir.

Diversamente, se diferido ou postergado, apenas uma das partes é ouvida e, caso haja necessidade, o juiz concede determinado pedido para, posteriormente, escutar a contraparte. Tal é o caso, por exemplo, das medidas adotadas liminarmente *inaudita altera parte*³³¹.

No contraditório eventual a decisão judicial atende o pleito de uma das partes, sendo ouvida a contraparte apenas se esta, por iniciativa própria, instaurar outro processo ou provocar um incidente processual com tal objetivo³³².

Há ainda o contraditório preventivo, o qual sujeita o magistrado a advertir às partes acerca de mudanças abruptas no itinerário argumentativo realizado no processo³³³.

³²⁸ A expressão em epígrafe é de François Ost: _____, 1993, p. 181. Também emprega o termo: CAMBI, 2011, p. 111.

³²⁹ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 41 e 55. MITIDIERO, 2005, p. 55-56. Ainda: PROTO PISANI, 2006, p. 205.

³³⁰ ZANETI JUNIOR, 2007, p. 195.

³³¹ Cf. item 8.2.

³³² Marcelo Abelha Rodrigues frisa o uso do contraditório eventual como técnica processual destinada a neutralizar os efeitos deletérios do tempo no processo, inserindo-o no grupo de mecanismos de sumarização da cognição, uma vez que o aprofundamento do conhecimento do órgão judicial sobre a questão só será efetivado mediante a provocação do interessado. Ver: RODRIGUES, 2010, p. 807. Ainda sobre o tema, Cf. item 8.8.

³³³ ZANETI JUNIOR, 2007, p. 195.

Por fim, é possível conceber um contraditório mitigado, quando houver procedimento anterior no qual tal direito fundamental já tenha sido amplamente exercitado³³⁴.

Não é pouco frisar que a regra é o contraditório prévio, e que este deve ser sempre privilegiado e promovido. As demais formas dizem respeito a situações excepcionais nas quais o direito fundamental em comento sofre restrições legítimas. Tais hipóteses jamais podem ser interpretadas e aplicadas de forma expansiva. O contraditório não pode ser extirpado do debate processual, afinal, ele condiciona a regularidade de diversos outros atos processuais, tocando o comportamento de todos os sujeitos do processo, reverberando para além daquele momento no qual foi praticado ou moderado³³⁵. Ou seja, caso se contenha o contraditório no momento da prática de um ato de natureza defensiva, por exemplo, tal direito fundamental ainda repercutirá na atuação de outros atos postulatórios ou de atos decisórios futuros³³⁶.

Por último, considerando a sua essência de direito fundamental, a sua importância para a efetivação da democracia deliberativa, os diversos valores constitucionalmente protegidos que lhe são subjacentes, bem como a importância que possui para a própria definição de processo, não há como extirpar o contraditório do discurso processual.

5.5 O CONTRADITÓRIO COMO PONTO DE INTERSEÇÃO ENTRE O DIREITO, A MORAL, E A POLÍTICA

A visão atual do contraditório extrapola o binômio informação-reação, devendo ser substituído pelos trinômios informação-reação-diálogo³³⁷ ou informação-reação-participação³³⁸.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ao considerar a efetividade e a segurança como valores essenciais à formação do processo, destaca o contraditório como

³³⁴ Zaneti Junior ilustra tal hipótese com processos de execução baseados em títulos executivos judiciais. Cf. _____, 2007, p. 195.

³³⁵ CABRAL, 2010a, p. 103-173, *passim*.

³³⁶ Cf. item 7.

³³⁷ DIAS, 2010, p. 101.

³³⁸ LOPES, João Batista. Contraditório, paridade de armas e motivação da sentença. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al* (Org.). **Os poderes do juiz e controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 265.

mecanismo apto a proporcionar acerto da decisão. Para o mencionado autor a tensão entre a cooperação dos sujeitos processuais, a qual fortalece o contraditório, e a urgência do caso concreto, capaz de enfraquecê-lo, proporciona o justo equilíbrio entre os poderes, faculdade, deveres e ônus das partes, bem como na atividade cognitiva do juiz³³⁹.

Já Dierle Nunes³⁴⁰, acompanhado por Humberto Theodoro Junior³⁴¹, destaca que a estrutura do processo jurisdicional assim considerada apara arestas deixadas pelo protagonismo judicial, equilibrando a atuação pública do Estado-Juiz em relação às manifestações das partes, de cunho eminentemente privado. Isto proporcionaria um policentrismo no processo e uma comparticipação entre os sujeitos processuais³⁴².

De modo semelhante, Hermes Zaneti Junior destaca o contraditório como “valor-fonte” do direito processual democrático. A interveniência do destinatário da decisão judicial na formação desta é condição de existência e validade do processo, uma vez que o contraditório passa a integrar a definição de processo. O referido autor, ao aceitar o contraditório como centro do processo, faz com que o primeiro receba os predicados apontados ao segundo, afetando-o e sendo por ele afetado. Assim, o contraditório também reflete a indissociabilidade entre direito e política, e entre direito e moral. No tocante à política o contraditório favorece o direito fundamental à participação democrática na formação da decisão, bem como a difusão simétrica dos centros de poder, reclamada pelo pluralismo³⁴³. De modo semelhante, os principais valores ideológicos que informam o processo afetam a concepção de contraditório, no caso, a efetividade, a segurança jurídica, a democracia, e, em especial, a dignidade da pessoa humana³⁴⁴. O ideal colaborativo também é ressaltado por Zaneti Junior, de modo que a “máxima da cooperação” é colocada por ele como “matriz substancial” do contraditório. Isto confere ao direito

³³⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, 2009, p. 77, 132. _____, 1998, *passim*. _____, 2006, *passim*.

³⁴⁰ NUNES, 2012, p. 224-231.

³⁴¹ THEODORO JUNIOR, 2010, *op. cit.* _____. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, a. 25, n. 28, jan./jun. 2009, p. 177-206. _____. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, a. 25, n. 28, jan./jun. 2009, p. 177-206. _____. NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 168, p. 107, fev. 2009.

³⁴² Também apontando o contraditório como elemento que consagra a ideia de comparticipação ou de colaboração dinâmica: COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, 2006, p. 74.

³⁴³ *Ibidem*, p. 63, 133-142.

³⁴⁴ ZANETI JUNIOR, 2007, p. 193.

em comento, além da feição de garantista de direito de resposta, a característica de participação ativa, acrescentando-lhe o sentido o direito de influência e de dever de debate³⁴⁵.

Fredie Didier Jr. decompõe o princípio do contraditório em duas garantias primordiais, das quais as demais são consectárias. Em primeiro, como faceta básica do princípio em tela, giza a garantia de participação, da qual derivam as garantias de audiência, de poder falar, de comunicação e de ciência. Na outra ponta coloca a possibilidade de influência na decisão mediante argumentos sobre as questões jurídicas e fáticas³⁴⁶.

Sobre o tema, o autor em esboço resume o processo jurisdicional democrático como aquele embebido pelo diálogo e pelo equilíbrio, afirmando o seguinte:

Democracia no processo recebe o nome de contraditório. Democracia é participação; e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder³⁴⁷.

Nota-se que em razão da feição participativa e dialógica do direito ao contraditório, seu conceito vem sendo cada vez mais relacionado com o de democracia.

Relacionando processo, contraditório, democracia e cidadania, Rosemiro Pereira Leal assevera que a “linguagem processualizada” permite a fiscalização incessante e aberta do “sistema jurídico-político”³⁴⁸.

Leonardo Greco coloca o contraditório como consequência do princípio político da participação democrática. Ainda, relaciona o contraditório à democracia

³⁴⁵ ZANETI JUNIOR, 2007, p. 72, 191-192.

³⁴⁶ DIDIER JR., 2009, p. 57.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 57 e 62.

³⁴⁸ Vários trabalhos do autor evidenciam tais ideias, como ilustrado em: LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Democracia: a ação jurídica como exercício da cidadania. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 161, p. 324-338, 2008. _____. Direitos Fundamentais do Processo na Desnaturalização dos Direitos Humanos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 9, p. 89-100, 2006. _____. Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático. **Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**. Disponível em: < http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf >. Acesso em: 10 jan. 2012. _____. Processo Civil e Sociedade Civil. In: Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Teresa Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim. (Org.). **Direito Civil e Processo: Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1, p. 1136-1141. _____. O Garantismo Processual e Direitos Fundamentais Líquidos e Certos. In: MERLE, Jean Christophe; MOREIRA, Luiz. (Org.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, v. 1, p. 335-343.

pelo elemento participação encontrando em ambos, afirmando que é a partir desta última que se obtém a legitimação democrática do poder³⁴⁹.

Guerra Filho enxerga no contraditório um princípio político que garante o acesso ao Judiciário, além de um princípio de organização da atuação estatal, uma vez que ele tem aptidão de condicionar o instrumento pelo qual age o Estado, ou seja, o processo³⁵⁰.

Faz eco a afirmação de Tesheiner ao dizer que o princípio do contraditório transcende o processo, constituindo-se regra de pensamento e de conduta, inclusive no plano político, buscando-se sempre ouvir e ver o avesso das coisas³⁵¹.

Imbricam-se os princípios da democracia e do contraditório, proporcionando um discurso intersubjetivo, realizado no interior do espaço público, institucionalizado na forma do processo jurisdicional³⁵². Esta estrutura procedimentalizada legitima o conteúdo das decisões judiciais por meio da participação comunicativa dos sujeitos interessados no ato estatal³⁵³.

Nota-se, ainda, que a força deontológica do princípio do contraditório promove a depuração equilibrada de argumentos teleológicos (sejam eles, por exemplo, de ordem moral, política ou econômica³⁵⁴), alcançando tanto os valores imbuídos nas normas jurídicas (materiais ou processuais), quanto aqueles imersos nas razões dos sujeitos do processo. Tal é o caminho para uma deliberação processualizada capaz de equacionar a permanente tensão entre valores como a

³⁴⁹ GRECO, 2002, p. 23. _____, 2009, *passim*.

³⁵⁰ GUERRA FILHO, 1999, p. 41. Sobre o devido processo legal cf. item 4.3

³⁵¹ TESHEINER, 1993, p. 45.

³⁵² Aqui, são relacionados ao direito processual elementos da Teoria do Discurso de Habermas. Para maiores informações sobre a teorização em relevo, cf. itens 2.3, 2.4 e 2.4.1.

³⁵³ Muitos são os estudos que relacionam o contraditório e a democracia. Mesmo diante do risco do esquecimento, citam-se, ilustrativamente, alguns dos trabalhos que se pautam pela referida ótica: CABRAL, 2010a. DIAS, 2010. DIDIER JR., 2009. GRECO, 2002. LEAL, 2010. MARINONI, 2008. NUNES, 2012. NUNES *et al.*, 2011. ZANETI JUNIOR, 2007. Ainda, Cf. item 7.7.

³⁵⁴ A influência no processo civil de elementos cuja natureza converge para os valores ora referenciado não é novidade na doutrina, podendo ser constata pela corrente que propõe a existência de princípios informativos do processo civil, divididos em princípio lógico (concernente à racionalidade, à estruturação concatenada dos atos e fases do processo, e à finalidade deste); princípio jurídico (que tange as noções de igualdade, de justiça da decisão e de observância do ordenamento jurídico); princípio político (atentando à estrutura política do país, conglobando o respeito aos direitos individuais, ao Estado de Direito, e à democracia); e princípio econômico (que alberga as noções de celeridade, eficiência, economia e utilidade). Neste sentido: ARRUDA ALVIM, José Manuel de. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. 1, p. 25-33. LACERDA, 2008, p. 88-90. WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Almeida de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo de conhecimento**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 1, p. 71-72.

segurança jurídica, de um lado, e a justiça e a efetividade, no outro polo da questão³⁵⁵.

Portanto, pelo direito ao contraditório cruzam, principalmente, valores como segurança, justiça, igualdade; fins políticos como a democracia, a participação; além de condicionar a própria racionalidade dialética do sistema de direitos.

5.6 O CONTRADITÓRIO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A presente noção do contraditório parece ter sido considerada pela Comissão elaboradora do projeto novo Código de Processo Civil brasileiro³⁵⁶.

Já na sua Exposição de Motivos é relatada a preocupação com a “harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República”. Por tal motivo, os princípios constitucionais processuais foram incluídos no texto do projeto em comento, de modo que “muitas regras foram concebidas” no sentido de concretizar os mencionados princípios. Especialmente, menciona-se o princípio do contraditório, o qual se torna indispensável inclusive para o exame de matérias de ordem pública³⁵⁷.

Com mera olhadela no referido documento (Projeto de Lei n°. 8046/2010), mais precisamente no seu Título I, que trata “Dos Princípios e Das Garantias Fundamentais do Processo Civil”, é possível encontrar as seguintes dispositivos:

Art. 5°. As partes têm o direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.
[...]

³⁵⁵ O mesmo se dá no tocante ao princípio da fundamentação das decisões, como será revelado no estudo de suas funções. Cf. item 6.3.1. Ainda, tratando do exame processual dos aspectos axiológicos e teleológicos subjacentes ao perfil jurídico normativo, cf. item 7.6.

³⁵⁶ Cumpre esclarecer que o projeto do novo Código de Processo Civil continua em trâmite nas Casas do Congresso Nacional e, até o término desta pesquisa, em 30 de abril de 2013, a versão final do referido projeto ainda não havia sido apresentada. Por tal razão, optou-se pelo exame do texto oriundo do Projeto de Lei do Senado n°. 166/2010, até então consolidado, já que as eventuais mudanças serão realizadas a partir dele. Assim, as referências aqui feitas ao projeto do novo Código de Processo Civil dizem respeito à versão retro citada. Para maiores informações, vale acompanhar a página virtual da Câmara dos Deputados, no seguinte endereço: <<http://www.camara.gov.br>>.

³⁵⁷ BRASIL. **Projeto de Lei n°. 8046/2010**. Código de Processo Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 30 jan. 2013.

Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.

Art. 8º As partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.

Art. 9º. Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.³⁵⁸

Na mesma linha seguem as afirmações de José Rogério Cruz e Tucci ao apregoar uma “perfeita simetria” entre o contraditório e aos princípios da publicidade e da cooperação no projeto do Novo Código de Processo Civil. Insiste que o contraditório é constantemente homenageado, expressa ou tacitamente, no mencionado projeto³⁵⁹.

Humberto Pinho, ao examinar a parte exordial do projeto ora em análise, afirma que “há uma nova ideologia, um novo jeito de compreender o processo civil”. Coloca, outrossim, ao menos duas situações na qual o projeto do Novo Código de Processo Civil confere grande importância ao princípio do contraditório³⁶⁰. A primeira diria respeito às decisões sobre a inversão do ônus da prova ou de aplicação da carga dinâmica que, norteadas pelo princípio em tela, jamais devem surpreender a parte atingida³⁶¹. A outra hipótese refere-se aos provimentos de urgência, já que a efetividade destes fica claramente dependente da comunicação à parte contrária para que exerça o contraditório³⁶².

³⁵⁸ BRASIL. **Projeto de Lei nº. 8046/2010**. Código de Processo Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 30 jan. 2013.

³⁵⁹ Para um exame mais acurado remete-se ao trabalho do qual foram retirados os comentários acima: TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta. **Revista Digital**, IAB, a. 2, n. 8, out./dez. 2010, p. 114-142. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-3545.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

³⁶⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PL 166/2010. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 6, p. 49 e 77. Disponível em: <<http://www.redp.com.br/>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

³⁶¹ Cf. item 8.1.

³⁶² Cf. item 8.2.

Tendo em vista a faceta contemporânea do contraditório é preciso agora analisar detidamente a fundamentação das decisões judiciais, a fim de elucidar como se dá a relação entre ambos, quais as perspectivas e consequência do nexo em comento, bem como a importância da conexão em pauta para a legitimidade democrática do direito processual civil.

6 O DIREITO À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

6.1 O ATO DA DECISÃO JUDICIAL

Antes de aprofundar no exame da fundamentação das decisões judiciais é preciso realizar accertamentos sobre o ato da decisão judicial.

De início vale esclarecer que os atos do juiz ora abordados incluem-se entre aqueles genericamente denominados de pronunciamentos judiciais³⁶³. Estes podem ser repartidos em atos de cunho decisório e atos destinados a impulsionar o feito. Quanto aos atos decisórios, estes podem ser emanados por juízo singular, como a sentença e a decisão interlocutória, ou podem ser proferidos em órgão colegiado, como o acórdão³⁶⁴. Já, os atos destinados a conferir andamento ao procedimento são chamados de despacho, podendo ser praticados tanto pelo juízo singular quanto pelos órgãos colegiados.

A este estudo importam os atos do primeiro grupo, os quais são classificados como decisão judicial. Portanto, estuda-se aqui a família dos pronunciamentos judiciais, da qual o ato da decisão judicial é gênero, sendo suas espécies os atos sentença, decisão interlocutória e acórdão.

Considerando a imprecisão terminológica empregada no atual Código de Processo Civil, que por vezes trata a expressão “sentença” como gênero³⁶⁵ de decisão judicial, ora como espécie³⁶⁶, doravante, para evitar ambiguidade, utilizar-se-á o termo “decisão judicial”, com o significado de pronunciamento judicial de cunho decisório, englobando os atos sentença, decisão interlocutória e acórdão.

³⁶³ BARBOSA MOREIRA, José Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V**: arts. 476-565. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 139-246. Ainda existem outros tipos de atos praticados pelo juiz no processo, como a inspeção judicial. Vide: RODRIGUES, 2010, p. 277. No entanto, como não se inserem no campo desta pesquisa, estes não serão abordados.

³⁶⁴ Cf. art. 163, CPC.

³⁶⁵ Cf. artigos 458 à 466-C, 467 e 485, todos do CPC. A confusão se estende à Constituição Federal de 1988, na qual, no texto do artigo 102, inciso I, alínea “m”, a palavra “sentença” traduz o conceito de acórdão encontrado no artigo 163 do CPC.

³⁶⁶ Cf. art. 162, § 1º, CPC.

Quanto ao acórdão, a indeterminação textual não apresenta tantas dificuldades práticas, uma vez que este guarda semelhanças com a sentença, como, por exemplo, no aspecto estrutural³⁶⁷.

Já quando se trata de decisão interlocutória, há que se distinguir o objetivo e desta em relação à sentença. Esta última visa encerrar uma etapa do procedimento de primeira instância, quer cognitiva, quer executiva, analisando ou não o mérito da causa. Afinal, o exame da questão principal da demanda, do objeto litigioso do processo, depende da presença ou da ausência dos requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito³⁶⁸. Já a primeira, a decisão interlocutória, não põe fim ao processo, em qualquer de suas fases, resolvendo questão incidente (como ocorre normalmente)³⁶⁹ ou principal (no caso de antecipação de tutela prevista no art. 273, § 6º, do CPC)³⁷⁰. Logo, o que distingue ambas as espécies de ato decisório não é o conteúdo ou a topografia, e sim a finalidade do ato³⁷¹.

Pois bem, feitas tais considerações, dá-se prosseguimento com o exame dos elementos da decisão judicial³⁷².

O artigo 458 do Código de Processo Civil vigente estabelece como requisitos essenciais da decisão judicial três elementos, o relatório, a fundamentação ou motivação, e o dispositivo³⁷³.

O relatório tem o escopo de demonstrar o conhecimento sobre a causa que será decidida. Lá é exposto o histórico do processo, indicando os fatos relevantes nele ocorridos. É parte indispensável às sentenças e acórdãos, conforme o artigo 165 do CPC. No entanto, em casos expressamente previstos na legislação, é aceita

³⁶⁷ Cf. art. 165, CPC.

³⁶⁸ Para mais detalhes sobre o objeto litigioso do processo cf. item 8.2.

³⁶⁹ Cf. art. 162, § 2º, CPC.

³⁷⁰ DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarna. **Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Salvador: Juspodvim, 2007, v. 2, p. 220-223.

³⁷¹ RODRIGUES, 2010, p. 277-278. No entanto, ainda permanece a utilidade da subdivisão das sentenças em terminativa, quando trata do disposto no artigo 267 do CPC, e seus incisos, e definitiva, ao abordar o mérito, concernente ao artigo 269, do mesmo código.

³⁷² Destaca-se aqui o ensinamento de Barbosa Moreira, o qual frisa que apesar do Código de Processo Civil ter empregado o termo “requisitos”, o mais adequado seria falar de “elementos”, uma vez que trata de partes que integram a estrutura da sentença. Conferir: _____. O que deve e o que não deve figurar na se na sentença. In: **Temas de direito processual civil: oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117.

³⁷³ Cf. art. 458, CPC.

a sua dispensa³⁷⁴, bem como, pela prática jurisprudencial, é cabível a mera referência a relatório elaborado em outro processo³⁷⁵.

Outro requisito exigido é aquele sobre a qual a atenção deste estudo irá se curvar mais a frente. Trata-se do elemento fundamentação ou motivação. Nele devem ser demonstradas as razões de fato e de direito do convencimento do órgão judicial. É composto pela atividade cognitiva realizada ao longo do processo, ou seja, deve refletir todo o diálogo intersubjetivo travado em contraditório no espaço procedimental. Ali são analisadas as questões incidentais da causa. Considerando a importância do tema para a presente pesquisa este tópico introdutório não comporta maior aprofundamento, logo, o assunto será retomado em breve com mais vagar.

O terceiro requisito ou elemento do ato da decisão judicial é o dispositivo ou conclusão. É visto como “elemento nuclear de qualquer decisão judicial”, correspondendo à parte que estabelece um preceito, uma afirmação imperativa, um comando. É a decisão judicial em sentido estrito, é o próprio provimento jurisdicional, o ato final do processo. Seu conteúdo varia conforme o tipo da questão em análise, resolvendo ou não o mérito (a questão principal, o objeto litigioso), desde que presentes os requisitos de admissibilidade pertinentes. Há que se observar que o preceito ou conteúdo do elemento dispositivo da decisão judicial pode estar disperso na motivação do ato. Afinal, o órgão julgador ao examinar as questões processuais ao longo da fundamentação da decisão pode rejeitá-las, realizando então um juízo de admissibilidade, e não de mérito, o qual irá integrar o comando da decisão³⁷⁶. Por fim, o dispositivo é a parcela da decisão que será acobertada pela coisa julgada material, desde que haja a resolução do mérito.

Demais reflexões sobre o dispositivo da decisão judicial se mostram impertinentes ao foco deste estudo, de modo que não serão enfrentados.

³⁷⁴ Cf. art. 38, CPC.

³⁷⁵ Vale citar aqui a posição de Wambier e Medina, para quem o relatório faz parte da fundamentação, uma vez que pela leitura deste é possível aferir se o juiz deixou de considerar determinado fato. Cf. _____, 2001, p. 285. Esta posição parece corresponder a um avanço do entendimento pretérito da autora, uma vez que em estudo anterior ela já havia afirmado que o relatório seria “uma espécie de pré-fundamentação”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 322. No entanto, aqui se entende que enquanto no relatório apenas se menciona os fatos relevantes, na fundamentação estes precisam ser decididos. Para isto, quer tenham ou não sido mencionados no relatório, a fundamentação deverá enfrentá-los expressamente, sob o risco de macular o ato processual.

³⁷⁶ DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 239-242, *passim*.

6.2 A FUNDAMENTAÇÃO OU MOTIVAÇÃO: REQUISITO OU ELEMENTO DO ATO DA DECISÃO JUDICIAL

6.2.1 O conteúdo da fundamentação ou motivação: o objeto analisado

De início, é importante salientar ambiguidade da expressão “motivação”. O vocábulo em comento pode ser entendido como o fornecimento de “razões para decidir” ou dos “motivos sobre os quais se apoia a decisão”. O primeiro sentido refere-se às razões justificadoras de uma decisão, ao passo que o segundo engloba as causas ideológicas e psicológicas que movem o sujeito a determinado comportamento. Um relaciona-se ao contexto de justificação das razões de um ato; outro, ao contexto de descoberta das suas causas. A exigência constitucional de motivação das decisões judiciais parece referir-se ao primeiro sentido. Assim, fundamentar uma decisão é fornecer as razões que justificam o ato, independentemente de como foi formado o juízo de convicção no íntimo do julgador³⁷⁷. Por mais que se constate a ambiguidade sobre o significado da expressão “motivação”, se trata de terminologia amplamente difundida nos âmbitos técnico e científico do direito processual, empregada comumente como sinônimo de “fundamentação”. Baseado nisso, ao invés de afastar a citada expressão, doravante, na pesquisa ora manejada, o vocábulo “motivação” deverá ser compreendido como razão justificadora da decisão, sendo empregado em sentido equivalente ao do termo “fundamentação”, no tocante às decisões judiciais³⁷⁸.

A fundamentação ou motivação é um dos requisitos da decisão judicial. Trata-se de elemento estrutural dos pronunciamentos judiciais de natureza decisória, como sentenças, acórdãos, decisões interlocutórias. Enquanto requisito essencial

³⁷⁷ FIGUEROA, Alfonso Garcia. A motivação: conceitos fundamentais. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. (Org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012, p. 438-444.

³⁷⁸ Segue-se, portanto, o mesmo critério adotado em: TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 11. SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de processo civil**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 21-23

dos atos decisórios é elemento que compõe a estrutura do suporte fático do comando judicial, sendo imprescindível. Para que seja considerada válida e suficiente, precisa ser expressa, coerente, lógica, clara e precisa³⁷⁹.

Na fundamentação ou motivação da decisão judicial são tratadas as questões sobre as quais se debruçou a atividade de conhecimento efetuada no itinerário processual, revelando a síntese dos argumentos levantados pelos sujeitos processuais no decorrer do espaço e do tempo disponibilizados pelas regras procedimentais. É o alicerce do preceito encarnado no provimento final, construído a partir do diálogo deliberativo efetivado em juízo. Por ela é demonstrada a participação dos interessados no resultado da causa, sobre quem irão incidir os efeitos do ato final. Serve ainda para averiguar se as condições de comunicação garantidas pelos direitos fundamentais processuais foram efetivamente respeitadas ao longo do procedimento dialógico que é o processo³⁸⁰. Assim, é por ela que se evidencia a efetividade dos direitos fundamentais assegurados no processo e pelo processo³⁸¹.

Por mais que o provimento buscado pelas partes resida na parte dispositiva da decisão, nem por isto se pode reduzir a importância do elemento fundamentação. Não se deve deduzir a solução das questões discutidas no processo. A única maneira de entender a resolução do caso concreto de modo pleno é a partir do exame do inteiro teor da decisão judicial, especialmente do cotejo entre o dispositivo e a motivação. Afinal, a parte motivacional da decisão pode elucidar restrições ou ampliações no julgamento, ou ainda aclarar a existência ou inexistência de conclusões acerca de uma questão³⁸². Portanto, a interpretação da decisão judicial precisa ser operada mediante a análise conjunta dos seus elementos ou requisitos, mormente da fundamentação e do dispositivo.

Na fundamentação da decisão serão resolvidas as questões levantadas pelas partes³⁸³. Cumpre evidenciar que os fundamentos da pretensão ou da defesa

³⁷⁹ TUCCI, 1987, p. 18-21.

³⁸⁰ Sobre os direitos fundamentais processuais como condições de comunicação ver item 2.4.1.

³⁸¹ Cf. itens 3.4.2 e 3.5.

³⁸² CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, v. 1, p. 409.

³⁸³ Mais uma vez cabe pontuar a lição de Barbosa Moreira, o qual afirma que, apesar do texto da lei falar que nos fundamentos da decisão “o juiz analisará as questões de fato e de direito”, a

postos no processo são observados como afirmações levantadas por cada uma das partes sobre o caso concreto. Trata-se de pontos acerca dos fatos ou do direito, processual ou material, pelos quais se manifesta a opinião sobre a causa. Quando surge divergência sobre tais pontos, estes são tratados como questões a serem resolvidas. Estas questões, então, consubstanciam-se em razões da discussão processual, necessária à resolução do caso. Portanto, constata-se que a decisão é obtida pela resolução das questões discutidas no processo, ou seja, as razões da decisão são formadas pelas razões da discussão³⁸⁴.

As questões a serem discutidas no processo são classificadas de diversas maneiras, sem que uma tipologia seja concorrente ou excludente em relação à outra. Podem ser enquadradas como questões de resolução incidental (*incidenter tantum*) e principal (*principaliter* ou *thema decidendum*); questões prévias, preliminares ou prejudiciais, e questão subordinada; questões de admissibilidade e de mérito; questões de fato e de direito³⁸⁵.

Para esta pesquisa um esclarecimento sucinto acerca das distinções retro mencionadas já se faz suficiente.

Primeiramente, vale destacar a dissociação entre questões resolvidas incidentalmente e questão principal. A primeira categoria diz respeito aos pontos controvertidos resolvidos como fundamento para a decisão sobre outras questões. O órgão jurisdicional exercerá sobre elas a cognição, de modo que irão compor o objeto do processo, integrando a fundamentação da decisão, sem, contudo, receberem a imunidade pela coisa julgada. Já, no que tange a questão principal, está se refere ao objeto litigioso do processo, sobre o qual, além do exercício da cognição judicial, haverá decisão, constando no dispositivo do pronunciamento decisório, recebendo, por conseguinte, a proteção da coisa julgada material. Nota-se

compreensão que se deve ter é que ali serão resolvidas as mencionadas questões, enunciando o convencimento judicial sobre elas. Ver: BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 118.

³⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, v. 2, p. 39. Vale mencionar a observação de Fredie Didier Jr. acerca da ambiguidade assumida pela expressão "questões" no campo do direito processual civil. Este autor esclarece que além da acepção acima realizada o vocábulo ora em pauta pode significar o próprio pedido formulado, ou seja, a questão principal do processo. O primeiro sentido estaria empregado no inciso II do artigo 458, ao passo que o segundo significado diria respeito ao inciso III do mesmo artigo do CPC. Cf. DIDIER JR, 2013, p. 341-342. Para evitar confusões, esclarece-se que esta pesquisa apenas fará uso do primeiro sentido, entendendo "questão" como ponto controvertido, de fato ou de direito.

³⁸⁵ As classificações mencionadas podem ser aprofundadas em: DIDIER JR, 2013, p. 341-356.

que o conteúdo do elemento fundamentação da decisão judicial será composto pelas questões resolvidas incidentalmente, integrantes que são do objeto do processo, servindo à exata compreensão da resolução da questão principal, fixada na parte dispositiva da decisão judicial.

Ainda, interessante à pesquisa é o seguinte binômio: questões de admissibilidade do julgamento do mérito (também denominado requisitos de admissibilidade ou pressupostos de admissibilidade, os quais são de natureza prévia, aglutinando os tradicionais pressupostos processuais, juntamente com quaisquer requisitos de ordem formal que o modelo procedimental exigido pela hipótese legal dispuser caso a caso); e questão de mérito (que inclui o que integrar a resolução do objeto litigioso do processo)³⁸⁶. A grande valia de tal classificação para esta pesquisa é a possibilidade de seu emprego tanto no exame de postulações de demandas quanto de recursos³⁸⁷. Adiante, isto ajudará a demonstrar a natureza dialógica, intersubjetiva, participativa e colaborativa impressa pela constante necessidade de uma argumentação dialética em cada etapa do processo. Em outras palavras, do início ao término do processo há de se firmar o contraditório e a fundamentação das decisões³⁸⁸. Afinal, esta divisão, além de poder ser amplamente utilizada na apreciação de qualquer ato postulatório, separa bem o que, a partir do diálogo em contraditório das questões levantadas, fará parte da fundamentação da decisão judicial, sendo analisada incidentalmente. No outro polo, situar-se-ão os

³⁸⁶ Isto é o que se retira dos seguintes ensinamentos: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004b, v. 3, p. 126-130. BEDAQUE, 2010, p. 161-164, 261-265, 401-416. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Três ordens de questões no processo cautelar: preliminares, prejudiciais e mérito cautelar. In: Arruda Alvim; Eduardo. (Org.). **Inovações sobre o direito processual civil**: tutelas de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 393-420. Cumpre pontuar a querela envolvendo as condições da ação, as quais são tradicionalmente consideradas questões de admissibilidade. No entanto, há quem as considere questão de mérito, como Hommerding; e outros, como Didier Jr., que as alocam numa zona de interseção entre as questões de admissibilidade e as questões de mérito. Sem tecer maiores comentários, para não desviar do tema, apenas declara-se a concordância com a última de tais posições por entendê-la mais acertada. Sobre o tema, cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 185-194. DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo CPC. **Revista Eletrônica AJDD – Artigos Jurídicos e Direito em Debate**, v. 3, a. 2, [s.d.]. Disponível em: < <http://www.rajdd.com.br/html/ed3-5.pdf> >. Acesso em: 15 fev. 2013.

³⁸⁷ SILVEIRA DE OLIVEIRA, Bruno. **O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64-65. CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Requisitos de admissibilidade dos recursos civis**. Disponível em: < [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Alexandre%20Freitas%20C%C3%A2mara\(2\)-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Alexandre%20Freitas%20C%C3%A2mara(2)-%20formatado.pdf) >. Acesso em 15 jan. 2013.

³⁸⁸ Cf. item 7.4.

pontos que serão resolvidos na parte dispositiva do pronunciamento judicial que enuncia o provimento, concernente ao objeto do mérito.

Quanto à divisão em questões de fato e de direito, esta é especialmente relevante, uma vez que se defende a obrigatoriedade de debate e resolução destes tipos de questões, de modo exaustivo, funcionando como um contrapeso ao aumento dos poderes do juiz na apreciação de ambas³⁸⁹.

Antes de tudo, cabe a ressalva que as matérias de fato e de direito, por vezes se emaranham, haja vista que a individuação da norma jurídica abstrata precisa da correta delimitação da situação fática do caso concreto³⁹⁰. Os temas que versam sobre a regularidade e validade formal da estrutura procedimental, concernentes aos requisitos de admissibilidade dos atos processuais, examináveis como questões preliminares, também são questões de direito, a saber, questões de direito processual. Portanto, mesmo sobre os requisitos de admissibilidade, precisam incidir o princípio do contraditório e da fundamentação das decisões, reclamando todos os cuidados inerentes ao dever de diálogo e a proibição de decisões surpresa³⁹¹.

O certo é que o órgão jurisdicional precisa se manifestar sobre cada ponto duvidoso, após ter dialogado com as partes, pronunciando-se, fundamentadamente, acerca de cada questão debatida, independentemente de sua classificação. Repita-se que a fundamentação da decisão é o espaço em que o órgão judicial abordará as

³⁸⁹ WAMBIER, 2009. Como exemplo, no tocante às questões de fato, há nítido incremento dos poderes instrutórios do juiz, ao passo que nas questões de direito, ainda se aplica o brocardo do *iura novit curia*, que permite a adequação da qualificação jurídica pelo magistrado diferentemente daquela apresentada pelas partes. Frise-se que nenhuma das hipóteses dispensa o contraditório ou a motivação da decisão. Sobre o tema, cf. itens 8.2 e 8.4.

³⁹⁰ Apesar deste não ser o mote do trabalho em pauta, não se pode deixar aqui de anotar a dificuldade de separação entre questão de fato e a questão de direito, uma vez que, entre outros motivos, a correta qualificação da norma de direito aplicável ao caso concreto, bem como sua interpretação e a determinação de suas consequências jurídicas, dependem da adequada delimitação do conteúdo fático da causa. Sobre o tema ver: CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 162 *et seq.* LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 433-439. Outrossim, salientando critérios ontológicos e técnicos processuais, sobretudo diante da indeterminação do direito, ver: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial. In: _____. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 449-463, *passim*. Tal conclusão só agrava a necessidade de uma discussão compartilhada sobre tais questões, baseada no contraditório e na fundamentação das decisões. Ainda, cf. itens 8.2 e 8.4.

³⁹¹ Cf. itens 5.2.4 e 5.2.5.

questões de fato e de direito no discurso processual; analisará questões incidentais que orbitam o mérito da causa; demonstrará as razões do seu convencimento; irá corroborar ou refutar os argumentos levantados no debate pelos demais sujeitos; valorará pareceres e provas produzidos nos autos; esclarecerá o itinerário por ele percorrido na formação da conclusão do processo; e estabelecerá a congruência necessária com o comando emitido na parte dispositiva da sentença.

Dando continuidade ao exame do elemento fundamentação da decisão judicial, se observa que seu itinerário, em regra, será iniciado pela averiguação de vícios formais, concernentes a questões processuais eventualmente não resolvidas em momento anterior. Trata-se do exame de admissibilidade, o qual deverá ser efetuado, quer por requerimento das partes, quer por conhecimento de ofício do magistrado, quando se tratar de questão de ordem pública. Caso haja pendência, duas são as possibilidades. Ou o vício é convalidado, ou, caso não seja possível a convalidação, se extingue o processo sem julgamento do mérito, com a decretação da inadmissibilidade da demanda no dispositivo da decisão³⁹².

Grosso modo, é possível afirmar que o preambular exame dos requisitos de admissibilidade, bem como a análise das questões incidentes, faz do elemento fundamentação o pressuposto lógico do requisito dispositivo do ato da decisão judicial. Entrementes, há que se gizar que nem sempre é assim. A legislação processual dispõe que mesmo diante da carência de requisito processual de validade é possível julgar o mérito a favor daquele que se beneficiaria com a decisão de invalidade. Isto quebra primazia lógica do exame dos pressupostos processuais, ou seja, das questões de admissibilidade em relação ao mérito³⁹³. Tal medida pode ser adota com base na repartição do elemento dispositivo da sentença em capítulos autônomos³⁹⁴. Todavia, em decorrência da autonomia dos capítulos do dispositivo da sentença no tocante à resolução das pretensões inseridas no processo, cada um dos capítulos da decisão deve ser precedido de uma motivação que justifique a conclusão por ele preceituada³⁹⁵.

³⁹² Sobre as questões reconhecíveis de ofício e o sistema de nulidades, ver, respectivamente, itens 8.3 e 8.6.

³⁹³ Cf. art. 249, § 2º, CPC. Ainda, ver: DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 229.

³⁹⁴ Cf. item 6.1.

³⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004a, v. 1, p. 242-244. DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 242.

O importante é que, em qualquer situação, as partes sejam chamadas a participar, promovendo a colaboração intersubjetiva, favorecendo o contraditório prévio e evitando decisões surpresa³⁹⁶. Afinal, elas podem adotar medidas aptas a sanar o vício, ou ainda apresentar argumentos (fáticos ou jurídicos) que impeçam extinção do processo. Ao agir de tal modo favorece-se, ainda, o princípio da razoável duração do processo, bem como os valores da economia processual, da celeridade, da segurança jurídica e da efetividade, haja vista que o debate anterior à decisão diminui a quantidade de recursos cabíveis, facilita a imediata executividade do provimento, além de afastar o risco de arbitrariedades ou interpretações solipsistas³⁹⁷.

Posteriormente, analisar-se-ão as questões de fato, incluindo as alegações do autor, formuladas na *causa petendi*, e as do demandado, constantes na *causa excipiendi*³⁹⁸. Juntamente, examinam-se as provas requeridas e produzidas por ambas as partes e pelo órgão jurisdicional. Este é o momento em que o magistrado irá avaliar o nexo entre o alegado e o provado, a credibilidade das provas, a persistência de alguma dúvida quanto ao material fático³⁹⁹. Havendo questões relevantes ainda não esclarecidas o magistrado fará uso das regras sobre ônus da prova, determinando medida probatória ainda não realizada ou, aprofundando a cognição sobre determinada questão cujo elemento probatório existente não forneça o substrato necessário ao seu convencimento⁴⁰⁰.

Em prosseguimento, será procedida a valoração das provas, a qual é baseada no princípio do livre convencimento motivado ou sistema de persuasão racional⁴⁰¹. Isto significa que a liberdade de apreciação judicial resta condicionada à exposição das razões de seu convencimento na fundamentação da sentença. Não basta que o magistrado apenas afirme a preferência por determinada prova a fim de justificar sua decisão. Não se pode ignorar as alegações e provas aventadas ao processo. É imprescindível a explicação sobre o porquê de certas provas confirmarem a tese acolhida e por qual razão as demais não foram suficientes para

³⁹⁶ Cf. itens 5.2.5 e 8.3.

³⁹⁷ NUNES *et al*, 2011, p. 84-85. Em sentido semelhante: WAMBIER, 2009. BEDAQUE, 2010, p. 105.

³⁹⁸ Cf. item 8.2.

³⁹⁹ Cf. item 8.4.

⁴⁰⁰ Cf. art. 130, CPC. Sobre o ônus da prova e sua dinamização cf. item 8.4.

⁴⁰¹ Cf. art. 131, CPC.

tanto⁴⁰². Trata-se de mais um reflexo do princípio do contraditório. O direito de influência na convicção do juízo deve ser efetivo, e não meramente formal. As partes tem o direito de atestar que suas alegações e provas foram apreciadas com o devido cuidado pelo órgão judicial⁴⁰³. É necessária a explicação acerca da rejeição dos argumentos da tese infirmada. O contraditório eventual também é salvaguardado diante da real possibilidade de controle da decisão judicial por meio de recursos e instrumentos autônomos de impugnação⁴⁰⁴.

Passo contínuo, a análise das questões de direito será efetivada a partir das constatações acerca da situação fática. Verificar-se-á o nexos entre os fatos narrados e comprovados e as consequências jurídicas pretendidas, a fim de se determinar os efeitos que podem ser extraídos da norma jurídica incidente no caso concreto.

É importante ressaltar que se falou em “consequência jurídica pretendida”, já que nem sempre ocorre o acerto entre o conteúdo fático da causa e a hipótese normativa estabelecida pelas partes (seja na causa de pedir ou no momento da defesa). Como a legislação processual vigente estabelece que a questão jurídica é conhecível de ofício pelo magistrado, é passível que ocorra qualificação jurídica diversa da proposta pelo autor. Mas neste caso o juiz deve fundamentar devidamente o enquadramento jurídico aplicado, permitindo a participação em contraditório dos sujeitos que arcarão com os efeitos da decisão judicial. Não basta a mera indicação ou repetição do texto da lei. Há que ser devidamente esclarecido o afastamento da norma antes proposta ou a sua diversa interpretação, bem como carece de justificação a posição inovadora ao debate promovida pelo órgão judicial, capaz de mudar o curso da argumentação. Persiste aqui o direito de influência, a proibição de decisão surpresa, e os deveres de colaboração⁴⁰⁵.

A delicadeza do trabalho se avoluma em decorrência da ínsita indeterminação da linguagem do direito. Caso se trate da interpretação de texto elaborado como cláusula geral, da definição de um conceito jurídico indeterminado, da aplicação de norma jurídica do tipo princípio, do enfrentamento de eventual

⁴⁰² Neste sentido: CAMBI, 2011, p. 325.

⁴⁰³ Cf. item 5.2.4.

⁴⁰⁴ DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 230. Cf. itens 5.4 e 8.8.

⁴⁰⁵ Sobre a delimitação em conjunto do objeto litigioso do processo, incluindo as questões de direito, a partir de um diálogo colaborativo, cf. item 8.2.

colisão de normas, ou da superação de norma jurídica do tipo regra, a motivação precisa detalhar ao máximo a razão da situação fática do caso concreto se encaixar em determinado conceito abstrato, bem como é preciso que se pontuem detidamente as consequências jurídicas que incidirão⁴⁰⁶.

O projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro parece adotar grande parte das linhas aqui traçadas, como se percebe, ilustrativamente, nos seguintes dispositivos:

[...]

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

[...]

Art. 476. São requisitos essenciais sentença:

I – o relatório sucinto, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem.

Parágrafo único. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que:

I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo;

II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Art. 477. O juiz proferirá a sentença de mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes. Nos casos de sentença sem resolução de mérito, o juiz decidirá de forma concisa.

Parágrafo único. Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas.

[...].⁴⁰⁷

Tratando do tema, inclusive após abordar os mencionados artigos, José Rogério Cruz e Tucci chega a afirmar uma “inegável evolução em relação ao

⁴⁰⁶ MITIDIERO, 2012. DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 232. ZANETI JUNIOR, 2007, p. 55-57.

⁴⁰⁷ BRASIL. **Projeto de Lei nº. 8046/2010**. Código de Processo Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 30 jan. 2013. Grifo nosso.

diploma em vigor”, posição com a qual se concorda aqui⁴⁰⁸. Especialmente, em face da conexão feita entre o contraditório e a fundamentação das decisões pelo disposto no artigo 10 supracitado, a qual promove a ideia de um processo jurisdicional cooperativo e democrático⁴⁰⁹.

É imprescindível destacar que cada ponto controvertido debatido em contraditório, toda questão suscitada, cada argumento levantado, precisa encontrar resolução na decisão judicial⁴¹⁰. Como nem tudo que se discute refere-se diretamente ao mérito é na fundamentação da decisão que o órgão jurisdicional precisa demonstrar a influência da participação das partes ao longo do processo, decidindo, motivadamente, de modo completo, conforme o diálogo processual⁴¹¹.

Por derradeiro, há que se frisar a correlação entre os elementos dos principais atos praticados pelos protagonistas do processo. As razões dos argumentos levantados pelo autor, pelo demandado e pelo juiz ao longo do discurso processual devem estar inseridas, respectivamente, na causa de pedir da petição inicial, nos fundamentos da defesa (*causa excipiendi*) e na motivação da decisão judicial. Todos, ao se relacionarem, proporcionam a correta delimitação e enfrentamento do mérito do debate (objeto litigioso do processo), favorecendo a comunicação intersubjetiva no espaço democrático que é o processo jurisdicional⁴¹².

⁴⁰⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC: análise e proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 190, p. 257, dez. 2010.

⁴⁰⁹ Cf. itens 5.6 e 7.

⁴¹⁰ WAMBIER, 2009, *passim*.

⁴¹¹ Wambier propõe maior rigor para a fundamentação dos acórdãos, os quais precisam ser completos, do que para as sentenças. Justifica que a apelação, ao devolver amplamente o exame das questões, apreciadas ou não em primeiro grau requer um julgamento na qual devem ser enfrentados todos os elementos aventados pelas partes sob o risco de aniquilar o pré-questionamento necessário a eventuais recursos especial e extraordinário. Do contrário, certamente haveria prejuízo às partes que, ou penariam pelo cerceamento de defesa ou pela demora processual. Mais detalhes sobre o tema ver item 8.8. Mesmo em primeiro grau, apresentada defesa de mérito (quer a direta, opondo-se aos fatos constitutivos do direito do autor, negando a sua ocorrência, ou a versão apresentada, ou ainda, as consequências jurídicas alegadas; quer a indireta, que introduz fatos novos, modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor) ou defesa processual peremptória (que enseja a extinção do processo sem julgamento de mérito) o juiz deve manifestar-se sobre cada item na sentença. Conferir: *ibidem*.

⁴¹² Ressaltando a mencionada correlação: DINAMARCO, 2004b, p. 238-240. WAMBIER, 2007, p. 296-309. Ainda, cf. itens 7.3, 7.4, e 8.5.

6.2.2 A extensão da fundamentação ou motivação: a concisão

A norma constitucional que garante como direito fundamental a motivação das decisões judiciais é de ampla abrangência, incidindo em todos os atos de natureza decisória, sejam judiciais ou administrativos. O referido princípio acarreta uma conduta obrigatória consubstanciada no dever de motivar as decisões⁴¹³.

No entanto, a extensão do requisito ou elemento que integra o ato da decisão judicial pode ser modulada por força legislativa.

O artigo 165 do Código de Processo Civil prevê a possibilidade (e não obrigatoriedade) de concisão para os atos cuja natureza é de decisão interlocutória. Frisa-se que concisão difere de ausência⁴¹⁴ ou de omissão⁴¹⁵. A permissão de brevidade concedida deve ser estendida apenas aos atos decisórios que não põem fim ao processo, em qualquer de suas fases, tratando apenas de questões incidentes⁴¹⁶. Tal afirmação de caráter restritivo se sustenta uma vez que o assunto versa diretamente sobre direitos fundamentais. Entender de modo diverso seria afrontar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais, em especial o devido processo legal e seus componentes, como os direitos ao contraditório e à fundamentação das decisões⁴¹⁷.

Outrossim, o artigo 459 do CPC⁴¹⁸ permite a concisão da decisão que, versando sobre as matérias do artigo 267 da mesma lei processual civil, extingam o processo sem julgamento do mérito⁴¹⁹.

⁴¹³ “Art. 93. IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;” In: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 jan. 2013.

⁴¹⁴ NERY JR., 2004, p. 220.

⁴¹⁵ Nestes casos é cabível a impugnação do ato decisório por embargos de declaração. Cf. item 8.8.

⁴¹⁶ Portanto, sustenta-se aqui que deve ser evitada a fundamentação concisa das decisões interlocutórias que tratem de questão principal, como na hipótese já mencionada de antecipação de tutela prevista no art. 273, § 6º, do CPC.

⁴¹⁷ Sobre os direitos fundamentais Cf. item 3.

⁴¹⁸ Cf. art. 459, CPC.

⁴¹⁹ Cf. art. 267, CPC.

É preciso deixar claro que se trata de uma adaptação formal de parte do ato da decisão judicial. Isto não significa uma supressão do direito à fundamentação das decisões. Em suma, vale insistir que uma decisão motivada sucintamente é uma decisão motivada, mas de forma breve, e por isto, é válida, conforme disposição legal. O que jamais se permite é a ausência de fundamentação, a fundamentação insuficiente, a fundamentação fictícia ou ilusória (pseudomotivação), ou a fundamentação que padece de erro lógico⁴²⁰.

6.3 O DIREITO À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O texto constitucional estabelece a exigência de motivação das decisões judiciais. Depreende-se do dispositivo em questão um comando aos órgãos judiciais para que o resultado do processo de tomada de decisão por eles efetuado seja amparado por razões que permitam qualificar o ato decisório como correto⁴²¹. Logo, há uma posição jurídica subjetiva de dever do juiz diante da norma, qualificando a conduta em questão como obrigatória⁴²².

Entretanto, dali também é possível extrair direito subjetivo em relação ao ato estatal. Trata-se de uma garantia fundamental ancorada na norma do tipo princípio extraída do dispositivo em questão. No caso, exsurge o direito fundamental processual de fundamentação das decisões judiciais. Este, enquanto princípio jurídico integra o conteúdo da garantia fundamental do princípio do devido processo legal⁴²³.

Várias são conclusões que podem retiráveis da afirmação acima.

⁴²⁰ Cf. item 6.5.

⁴²¹ GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 521-522.

⁴²² Sobre as posições jurídicas subjetivas, ver item 4.2.

⁴²³ Cf. item 4.3.4.

A princípio, se estendem todas as peculiaridades da teoria dos direitos fundamentais ao tema em comento, em especial àquelas concernentes às garantias de natureza processual. Como o assunto já foi amplamente examinado nesta pesquisa, apenas serão feitos singelos apontamentos quando necessário⁴²⁴.

Cabe, por exemplo, a assertiva que o direito à fundamentação das decisões corresponde tanto a um direito assegurado no processo (permitindo meios de controle interno ao discurso processual, como os mecanismos recursais), quanto a um direito assegurado pelo processo (cabendo o seu controle por meios autônomos de impugnação)⁴²⁵.

Ademais, há que se frisar a sua imprescindibilidade para o preenchimento do modelo constitucional de processo, o qual, pendente de um dos elementos mínimos de sua estrutura, ofende diretamente à noção de processo justo⁴²⁶.

Desta última constatação, advém ainda a necessária ligação entre os direitos elementares que compõe o bloco do devido processo legal⁴²⁷. Por conseguinte, não poderia ser diferente a percepção do elo entre o contraditório e a fundamentação das decisões.

O direito à motivação das decisões, além de estar expresso na norma constitucional suso (art. 93, inc. IX, da CF), conjuga-se com outros dispositivos infraconstitucionais, condicionando-os⁴²⁸. Na seara processual civil, é possível citar os já mencionados dispositivos do Código de Processo Civil, ou seja, o art. 131 (que prevê o princípio de persuasão racional ou do livre convencimento motivado); art. 458 (que ao arrolar os requisitos essenciais da decisão judicial, por meio do seu inciso II insere a fundamentação ou motivação como espaço ou momento em que serão analisadas as questões de fato e de direito); art. 165 (que estende a exigência de motivação às demais espécies de atos decisórios, no caso, às decisões interlocutórias e aos acórdãos)⁴²⁹.

⁴²⁴ Cf. item 3.

⁴²⁵ Cf. item 3.5.

⁴²⁶ Cf. item 4.3.

⁴²⁷ Cf. item 4.3.4.

⁴²⁸ Sobre vinculação de sentido determinada pela norma constitucional em relação às disposições infraconstitucionais que lhe especificam o conteúdo, ver: ÁVILA, 2011, p. 142-144.

⁴²⁹ Vale salientar que mesmo antes da promulgação da atual Carta Magna, em 1988, a qual consagra expressamente o direito fundamental à motivação das decisões judiciais, José Carlo Barbosa Moreira

Tal direito revela, ademais, diversas funções, as quais serão exploradas no tópico seguinte.

6.3.1 As funções do direito à fundamentação das decisões

Várias são as funções da fundamentação das decisões judiciais. Considerando que “as decisões judiciais repercutem interna e externamente, em relação ao processo”⁴³⁰, a motivação das decisões extrapola o caráter técnico do processo para atingir também uma conotação política e moral⁴³¹. Tal assertiva não espanta diante dos argumentos já colocados na parte preambular desta pesquisa⁴³².

Tal perspectiva é enfrentada por Michele Taruffo a partir da bipartição das funções da motivação em um grupo de caráter endoprocessual e outro de natureza extraprocessual⁴³³.

já defendia exigência da fundamentação dos atos decisórios, clamando pela constitucionalização do princípio. E assim o fazia por, dentre outras razões, constatar no próprio Código de Processo Civil de 1973, a partir da conjugação de artigos em epígrafe, o princípio da obrigatoriedade da motivação. Vide: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *In: Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 86. No mesmo sentido: TUCCI, 1987, p. 147-155.

⁴³⁰ MEDINA; WAMBIER, 2011, p. 51.

⁴³¹ Ainda, é possível falar em outros tipos de repercussão, como as de ordem econômica, decorrentes, por exemplo, do controle judicial de políticas pública e da efetivação judicial dos direitos fundamentais sociais, cenários no quais entram em jogo as noções de reserva do possível, de mínimo existencial e de orçamento público. Como os mencionados temas são estranhos ao foco desta pesquisa, para maiores detalhes consultar: CAMBI, 2011. . KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. OLSEN, 2009. TORRES, 2009.

⁴³² Cf. o inteiro teor dos itens 2 e 3, em especial os itens 2.1 e 2.4. Ainda, no tocante ao contraditório, cf. itens 5.1 e 5.5. Já, para esta ideia diante da relação entre o contraditório e a fundamentação das decisões, cf. itens 7.6 e 7.7.

⁴³³ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 332-345, 354-360, 393-394. No mesmo sentido seguem: BARBOSA MOREIRA, 1980, *passim*. DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 228. CAMBI, 2011, p. 338. PORTO; USTARRÓZ, 2009, p. 66-71 *passim*. MEDINA; WAMBIER, *op. cit.*, p. 75-76.

6.3.1.1 A função endoprocessual

A função endoprocessual reverbera tanto em relação às partes, quanto ao órgão judicial.

Para as primeiras, pela adequada motivação é possível conhecer as razões que formaram o convencimento do juiz. De tal modo, as partes podem conferir se suas alegações e provas foram devidamente consideradas; se não houve arbitrariedade na valoração das provas; se a determinação da norma jurídica aplicada no caso foi correta; se foram devidamente debatidas e analisadas as questões de fato e de direito; se o juiz agiu imparcialmente; se efetivamente lhes foi oportunizado influenciar na formação da decisão com base nos argumentos levantados ao longo do discurso processual. Em suma, a fundamentação da decisão propicia a aferição da participação das partes em juízo e enseja, quando cabível, a impugnação do pronunciamento judicial.

No que tange aos órgãos judiciários, a fundamentação fornece o subsídio imprescindível para a reforma, anulação ou a manutenção da decisão pelos juízes de hierarquia superior.

Do ponto de vista de ambos, a técnica jurídica é privilegiada com a adequada fundamentação dos julgados. Facilita-se o controle da decisão por meio de recursos cabíveis e de outros meios autônomos de impugnação⁴³⁴.

Ainda, por tratar a motivação das decisões de norma de direito fundamental, é de interesse comum a sua salvaguarda, uma vez que por força das perspectivas subjetiva e objetiva de tal categoria jurídica, a observância de sua correção e adequação é direito subjetivo e dever institucional do Estado⁴³⁵.

Não se pode esquecer que, por integrar o complexo de direitos que perfaz o devido processo legal, sua justeza também sustenta, entre outros, a imparcialidade do juiz, a legalidade da decisão, a transparência e publicidade dos atos

⁴³⁴ Barbosa Moreira, ao tratar da “significação técnica” da motivação, bem exemplifica a sua imprescindibilidade ao comentar que sem ela é “absolutamente impensável” a aplicação da ação rescisória no intento de rescindir sentença de mérito transitada em julgado na hipótese de fundado erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa (art. 485, IX, CPC). Ver: BARBOSA MOREIRA, 1980, p. 86.

⁴³⁵ Cf. item 3.3.

jurisdicionais, a inadmissibilidade de provas ilícitas, a ampla defesa, o direito de recorrer⁴³⁶, ressaltando-se, por óbvio, o direito ao contraditório⁴³⁷.

Fundando na ideia de Estado Democrático de Direito, Ronaldo Dias enumera quatro razões lógicas e jurídicas relevantes ao papel da fundamentação das decisões:

- 1ª) controle de constitucionalidade da função jurisdicional, permitindo verificar se o pronunciamento estatal decisório está fundado no ordenamento jurídico vigente (princípio constitucional da legalidade ou da reserva legal);
- 2ª) tolhimento da interferência de ideologias, de subjetivismos e de convicções pessoais do agente público julgador no ato estatal de julgar;
- 3ª) verificação da racionalidade, ao apreciar os argumentos em contraditório e ao resolver analiticamente as questões discutidas no processo, a fim de afastar os erros de fato e de direito (erros judiciários) cometidos pelos órgãos jurisdicionais, causadores de prejuízos aos litigantes;
- 4ª) possibilidade de melhor estruturação dos recursos eventualmente interpostos, proporcionando às partes precisa impugnação técnica e jurídica dos vícios e erros que maculam as decisões jurisdicionais.⁴³⁸

Teresa Arruda Alvim Wambier, ao relacionar a exigência constitucional de motivação das decisões com o princípio da legalidade, afirma que o juiz está vinculado à lei e há de fundamentar todas as suas decisões com base nela, o que proporciona garantias contra arbítrios e subjetivismos (“influência de ponto de vistas pessoais”); além de permitir o controle do raciocínio do magistrado; de aumentar tanto a previsibilidade dos julgados, como a repercussão social das normas de direito. Não descarta, também, da importância técnica para a impugnação da decisão judicial, na qual vale atacar os fundamentos para, indiretamente, atingir a conclusão do dispositivo⁴³⁹.

Persistindo no exame técnico do tema, relembra-se que, em regra, a coisa julgada material não recai sobre as questões decididas na fundamentação da decisão, de modo que toda a matéria ali analisada pode ser revista em processo diverso, envolvendo ou não as mesmas partes. Sequer existe obrigação aos juízes de resolver de modo idêntico as questões incidentais sediadas na motivação de

⁴³⁶ Porto e Ustarróz destacam que, pela exigência da dialeticidade processual, o detalhamento da motivação da decisão “instrumentaliza o direito de recorrer”: _____, 2009, p. 70. No mesmo sentido: BRASIL. STJ. REsp. n. 77.285 / SP. Rel.: Min. Demócrito Reinaldo. J. 15 fev.1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199500543257&pv=000000000000>>. Acesso em: 15. Jan. 2013.

⁴³⁷ Cf. item 4.3.4.

⁴³⁸ DIAS, 2006, p. 575.

⁴³⁹ WAMBIER, 1997, p. 433.

outros julgados. O que se torna intocável por força da coisa julgada material é o contido na parte dispositiva da decisão judicial, o provimento jurisdicional em si, a resolução da questão principal, o mérito da causa⁴⁴⁰. Todavia, este pode nem ser abordado, diante da extinção do processo sem julgamento do mérito, a partir do exame das questões incidentais ao longo da motivação da decisão. Assim, o objeto litigioso do processo não será resolvido, permanecendo discutível e, por conseguinte, sem a proteção da coisa julgada material.

Há que frisar também a existência de casos em que, mesmo havendo a resolução do mérito, findando o processo com a improcedência do pedido por insuficiência de provas, o conteúdo do dispositivo da decisão judicial não restará imutável⁴⁴¹. Os pormenores envolvendo a coisa julgada e seus efeitos, bem como os detalhes do processo coletivo não pertencem ao objeto desta pesquisa, o que torna plausível a ligeira menção aos seus temas⁴⁴².

De qualquer maneira, o importante é destacar que a fundamentação da decisão auxilia na delimitação do alcance da coisa julgada material, bem como na determinação acerca da incidência ou não incidência desta sobre a parte dispositiva da decisão judicial⁴⁴³.

Ainda, a fundamentação da decisão tem grande relevância na consolidação e uniformização da jurisprudência, promovendo a unidade e coerência do sistema de direito, bem como os valores segurança jurídica e igualdade nas relações sociais⁴⁴⁴.

Neste ponto se destacam os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Ambos são típicos à linguagem do sistema jurídico da *commom law*. Sob tal visão, a primeira diz respeito à razão de decidir, refletida pela tese jurídica ou pela

⁴⁴⁰ Cf. artigos 468, 469 e 470, todos do CPC.

⁴⁴¹ Trata-se da coisa julgada *secundum eventum probationis*, concernente aos seguintes dispostos: art. 16 da Lei 7.347/85, que trata da ação civil pública; art. 18 da Lei n. 4.717/65, que referente a ação popular; e do art. 103, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor, que regulam as ações coletivas para a defesa de direitos difusos ou coletivos.

⁴⁴² Para maiores detalhes sobre o processo coletivo conferir: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 3 ed. Salvador: Juspodvim, 2008. V. 4. Já, versando sobre a coisa julgada, vários são os trabalhos de grande qualidade que podem ser encontrados. Portanto, para não cometer injustiças, remete-se apenas a trabalho de autoria própria, o qual homenageia diversos entendimentos sobre o tema: SANTOS JUNIOR, Sândalo Vianna dos Santos. **Notas sobre a relativização da coisa julgada**. 2012. Artigo – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. *No prelo*.

⁴⁴³ DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 235-236.

⁴⁴⁴ MITIDIERO, 2012, *passim*.

interpretação da norma consagrada na decisão. É a generalização das razões necessárias e suficientes, imprescindíveis à resolução de um caso ou de suas questões⁴⁴⁵.

Já o *obiter dictum* equivale aos “juízos acessórios, provisórios, secundário, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão”. São argumentos “expostos apenas de passagem”⁴⁴⁶.

É importante destacar que a *ratio decidendi* não equivale à fundamentação da decisão. Ela, em regra, não vem expressa no julgado. Na verdade, a *ratio decidendi*, conforme o significado original da linguagem da *commom law*, é extraída ou elaborada, em posterior exame de precedentes, a partir da análise da decisão judicial como um todo. Ou seja, retornando à linguagem do sistema da *civil law* ou romano-canônico (o qual é adotado nacionalmente), conclui-se que cada um dos elementos ou requisitos do ato da decisão judicial, quer o relatório, quer a fundamentação, quer o dispositivo, são indispensáveis à formulação da *ratio decidendi*⁴⁴⁷.

A necessidade de esclarecimento dos conceitos acima e de ressaltar a importância de uma fundamentação bem elaborada e detalhada, decorre da relevância que a motivação assume para a consolidação e uniformização da jurisprudência, bem como para a determinação dos limites da força vinculante dos precedentes judiciais.

O mencionado potencial vinculativo pode ser constatado, por exemplo, em fenômenos jurídicos como as súmulas vinculantes (Art. 103-A, da CF/88; juntamente com a Lei Federal nº. 11.471/2006); os enunciados das súmulas da jurisprudência predominante nos tribunais (arts. 475, §3º; 518, §1º; 544, §3, 557; todos do CPC); o julgamento liminar de causa repetitiva (art. 285-A, do CPC); o incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 479, do CPC); os recursos destinados a uniformizar a jurisprudência, como os embargos de divergência (art. 546, do CPC) e o recurso especial fundado em divergência (art. 105, inc. III, alínea “c”, da CF/88); e

⁴⁴⁵ MITIDIERO, 2012. Ainda: MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 918, p. 351, abr. 2012.

⁴⁴⁶ DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 234.

⁴⁴⁷ MITIDIERO, *op. cit.*. MARINONI, *op. cit.*.

o exame por amostragem da repercussão geral no recurso extraordinário (art. 543-B, do CPC; art. 102, §3º, da CF/88)⁴⁴⁸.

Ocorre que a tendência de universalização dos entendimentos a partir do julgamento de certos temas e teses jurídicos, e não de casos; e a inclinação à padronização dos julgados com base em *standards* interpretativos de convencimento, são práticas que ensejam um grave risco à participação e à própria democracia. Seria lastimável procurar findar os problemas da morosidade, do subjetivismo, da arbitrariedade, recaindo em erros anteriormente praticados, como acreditar na completa previsão das situações da vida ou na universalização de condutas e opiniões⁴⁴⁹.

Uma adequada fundamentação das decisões judiciais (quer sejam interlocutórias, sentenças ou acórdãos), que detalhe as especificidades da causa, que enfrente em conjunto as questões levantadas, e que retrate a ampla participação em contraditório ao longo do diálogo processualizado, apresenta-se como melhor fator de propensão à segurança jurídica; à efetividade dos julgados; à celeridade no cumprimento executivo das decisões; à supressão do inconformismo sucumbencial e de erros judiciais, o que diminuí o número de recursos e outras medidas autônomas de impugnação. Agir de tal modo, ao mesmo tempo possibilita o compartilhamento racional no seio da comunidade jurídica dos bons argumentos lançados no debate processual levando à maior coesão do sistema de direitos. Com a fundamentação e o contraditório, as amarras da padronização imposta por instâncias hierarquicamente superiores, naturalmente limitadas e contingentes, são trocadas pela força do melhor argumento, sendo este alcançado pela comunicação intersubjetiva ocorrida no interior de processos jurisdicionais de caráter cooperativo. Tratar-se-ia, ao invés de suposições e imposições, de acordos racionalmente motivados obtidos no interior da comunidade jurídica, a qual consideraria como correta as posições racionalmente aceitáveis pelos envolvidos. Isto também requereria a noção de falibilidade, a qual manteria aberto o discurso processual a novos argumentos⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 234.

⁴⁴⁹ NUNES *et al*, 2011, p. 642-661, *passim*.

⁴⁵⁰ Tais ideias baseiam-se em Habermas. Para mais detalhes sobre os conceitos acima empregados ver: HABERMAS, 2010, p. 280-285. Na mesma toada: NUNES *et al*, 2011, p. 642-661, *passim*. Ainda, Cf. item 6.4.

6.3.1.2 A função extraprocessual

Por outro lado, há ainda a função extraprocessual da motivação da decisão judicial. Esta corresponde ao eco emitido pela decisão judicial, a qual ressoa por vários âmbitos da sociedade. Vale repetir as palavras de Didier Jr, Oliveira e Braga:

A fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo, em cujo nome a sentença é pronunciada. Não se pode esquecer que o magistrado exerce parcela de poder que lhe é atribuído (o poder jurisdicional), mas que pertence, por força do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, ao povo⁴⁵¹.

Para Taruffo, a opinião pública também se apresenta como destinatária da motivação das decisões judiciais. Sustenta que há uma nítida conotação política na norma constitucional que prevê a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais. Salaria o nexo entre o princípio ora em comento e outros que também possuem sede na Carta Política, destacando os princípios da publicidade e da participação. Para ele isto reforça a participação do povo na administração da justiça⁴⁵².

Em sentido semelhante, Eduardo Cambi aduz a um “controle democrático do exercício do poder jurisdicional” no qual a motivação importa não somente ao sucumbente, mas também “a terceiros, ou seja, ao público em geral”, a quem, por questão de cidadania, assiste o conhecimento das razões do julgamento⁴⁵³.

⁴⁵¹ DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 228.

⁴⁵² TARUFFO, 2006, p. 354-360 *passim*. Cumpre frisar que a participação popular na administração da justiça também pode se dar de forma direta, quando uma coletividade é representada em juízo na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (seja por entidades de classes, por instituições públicas, por meio da representação de determinado grupo social). Didier Jr. e Zaneti Junior destacam o processo coletivo como “espécie de processo de interesse público”, ressaltando as ações coletivas como mecanismos “tendentes a fomentar a participação democrática”, ainda que pontualmente, de modo que o diálogo intersubjetivo ali realizado seja pautado pelo contraditório, em especial nas suas feições de dever de debate e de direito de influência, no intento de “democratizar o processo”. Neste sentido: DIDIER JR.; ZANETI JUNIOR, 2008, p. 38-122 *passim*.

⁴⁵³ CAMBI, 2011, p. 285.

Ademais, a participação e o controle por determinada coletividade em processo de natureza individual também pode ser realizada com a intervenção do *amicus curiae*⁴⁵⁴.

Prossegue Michele Taruffo, defendendo a fiscalização popular sobre a coerência das decisões judiciais em relação aos valores constitucionais, a ser realizada pela expressão da opinião pública. Alarga, portanto, a noção de controle para além da técnica de impugnação das decisões, incluindo um controle geral e difuso sobre o agir estatal do poder jurisdicional, tendo como critério a justiça da decisão⁴⁵⁵. Torna, portanto, clara a ideia de um judiciário democratizado, no qual:

A conotação política desta mudança de perspectiva é evidente: a ótica 'privada' do controle exercido pelas partes e a ótica 'burocrática' do controle feito pelo juízo superior são integradas na ótica 'democrática' do controle que deve ser exercido por aquele mesmo povo, em cujo nome a sentença foi deferida".⁴⁵⁶

Na mesma linha seguem Porto e Ustarróz, ao afirmarem que é possível rechaçar arbitrariedades e subjetivismos, alcançando-se o ideal de processo justo, desde que asseguradas: a participação e fiscalização ativa das partes e do juiz no processo; a formação de convicção do julgador lastreada no acervo probatório dos autos e em critérios retirados do sistema jurídico; a interpretação compartilhada e conjuntamente construída do direito aplicável ao caso⁴⁵⁷.

A função jurisdicional do Estado não escapa da necessidade de justificar seus atos e demonstrar a sua legitimidade. Barbosa Moreira, preconizando tais ideias ao defender "a necessidade da motivação obrigatória e pública", salienta que:

No Estado de Direito, todos os poderes sujeitam-se à lei. Qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas deve, por isso mesmo, justificar-se, o que caracteriza o Estado de Direito como "*rechtsfertiger Staat*", como "Estado que se justifica".⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ Cf. item 8.7.

⁴⁵⁵ TARUFFO, 2006, p. 354-360 *passim*.

⁴⁵⁶ A tradução é de: DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 229. No original: "*La connotación política de este desplazamiento de perspectiva es evidente: la óptica 'privatista' del control ejercido por las partes y la óptica 'burocrática' del control ejercido por el juez superior se integran en la óptica 'democrática' del control que debe poder ejercerse por el propio pueblo en cuyo nombre la sentencia se pronuncia.*" TARUFFO, 2006, p. 355-356.

⁴⁵⁷ PORTO; USTARRÓZ, 2009, p. 66-71 *passim*.

⁴⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, 1980, p. 89. No mesmo sentido segue: NERY JR, 2004, p. 215.

As palavras de Liebman conduzem à mesma direção, quando ele afirma que:

[...] Em um Estado de Direito, tem-se como exigência fundamental que os casos submetidos a juízo sejam julgados com base em fatos provados e com aplicação imparcial do direito vigente; e, para que se possa controlar se as coisas caminharam efetivamente dessa forma, é necessário que o juiz exponha qual o caminho lógico que percorreu para chegar à decisão a que chegou. Só assim a motivação poderá ser uma garantia contra o arbítrio. [...].⁴⁵⁹

A justificação em espeque, típica do Estado de Direito, concerne principalmente à ideia de direitos fundamentais enquanto limites ao poder estatal⁴⁶⁰. Contudo, o quadro se altera no âmbito de um Estado de Direito Democrático, como no caso do Brasil. Aqui, a feição participativa e deliberativa de democracia precisa caminhar emparelhada ao controle do poder estatal e à garantia e promoção dos direitos fundamentais, para que o direito possa alcançar a sua inabdicável legitimidade⁴⁶¹.

Calmon de Passos, ao ressaltar o alcance universal do princípio da legalidade, chega a afirmar que decidir sem fundamentar seria uma conduta ilícita, taxada por ele como o “mais grave crime que se pode consumir num Estado Democrático de Direito”. Sem tal observância, o ato jurisdicional é inválido e a sua imposição é destituída de legitimidade. E acerca do controle interno ou externo das decisões judiciais, conclui que, “se inexistirem, tudo será falácia. Nem se poderá falar de democracia (...)”⁴⁶².

Taruffo esclarece ainda que a garantia fundamental de motivação acarreta consequências tanto no conteúdo da decisão quanto em sua estrutura. E para a sua função de controle dos fundamentos e da validade do ato decisório possa ser alcançada, ele enumera três características necessárias à motivação, a saber, a racionalidade, a completude e a controlabilidade. A primeira, a racionalidade, se

⁴⁵⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, p. 79, jan. 1983.

⁴⁶⁰ BRASIL. STF. HC. n. 68.202 / DF. Rel.: Min. Celso de Mello. J. 06 nov. 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 01 mar. 2013.

⁴⁶¹ Cf. itens 2 e 3, especialmente, 2.3, 2.2 e 2.4.

⁴⁶² CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O magistrado, protagonista do processo jurisdicional? In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al* (Org.). **Os poderes do juiz e controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 220-223.

refere à validade do discurso argumentativo empregado, implicado pela consistência e coerência da decisão. Assim, a justificação apresentada deve ser capaz de tornar a decisão um resultado racionalmente aceitável. A segunda característica, a completude, concerne à imprescindibilidade de uma motivação explícita, clara, completa e concludente, tanto na abordagem das questões de fato e de direito, como na conclusão do provimento decisório. Refere-se à justificação interna e externa da decisão judicial. Por último, a controlabilidade, diz respeito à cogente publicidade e transparência, indispensáveis tanto ao controle interno da decisão, exercido em conformidade com a função endoprocessual da motivação, quanto ao controle externo, praticado a partir da sua função extraprocessual⁴⁶³.

Nota-se que tais características são indispensáveis ao bom exercício das funções da fundamentação das decisões, mormente quanto ao controle dos fundamentos e da validade do ato decisório. Portanto, para saber como os atos decisórios emanados pela função jurisdicional do Estado alcançam a necessária legitimidade, é preciso enfrentar o problema da racionalidade das decisões judiciais, o que passa a ser feito adiante.

6.4 A RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL

O problema da racionalidade das decisões judiciais é avaliado por Jürgen Habermas também a partir da tensão entre a facticidade e validade do direito. Neste caso, ao passo em que a primeira, correspondente à imposição obrigatória e coercitiva das normas jurídicas, é manifestada pelo princípio da segurança jurídica; a segunda, que envolve a necessidade de legitimidade pela aceitação racional do conteúdo do direito, se revela pela pretensão a uma decisão correta, no sentido de ser considerada justa e adequada à situação concreta. Assim, é vista como racional a decisão judicial que, no caso concreto, seja consistente em relação ao ordenamento jurídico e à história institucional constatada nos precedentes judiciais; e que ainda seja entendida como uma posição racionalmente aceitável pelas partes,

⁴⁶³ TARUFFO, Michele. *Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 47-50.

pelos especialistas e pela sociedade. De tal modo se equaciona a segurança jurídica e a justiça da decisão⁴⁶⁴.

Ele afirma que a decisão judicial racional é alcançada por um processo jurisdicional cooperativo⁴⁶⁵. Portanto, “não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidi-las obrigatoriamente perante o tribunal, pelo caminho da ação”⁴⁶⁶. As decisões judiciais precisam, concomitantemente, apresentar consistência e fundamentos racionalmente aceitáveis.

Em face disto, ele reexamina o princípio da segurança jurídica incutindo-lhe outra perspectiva. A segurança jurídica precisa proporcionar a previsibilidade das expectativas de comportamento sem olvidar a existência de um sistema jurídico complexo, composto por regras e princípios entrelaçados em um sistema de normas idealmente coerentes. Isto é obtido por uma visão procedimental de segurança jurídica, na qual os direitos processuais funcionam como garantia de um processo justo⁴⁶⁷. De tal modo, o resultado do discurso processual será refletido por uma decisão fundada em argumentos relevantes sobre as questões de fato e de direito levadas a debate⁴⁶⁸.

Habermas destaca a importância do paradigma jurídico no qual está inserida determinada sociedade, assim como a própria comunidade de especialistas jurídicos (o que inclui a participação da doutrina e dos precedentes, principalmente os considerados jurisprudência dominante dos tribunais). Tal paradigma funcionaria como pano de fundo contextual, do qual seria possível retirar expectativas de comportamentos subjetivos (quer das partes, quer dos magistrados, quer dos demais sujeitos processuais) a serem lançados nos discursos jurídicos travados acerca de situações concretas⁴⁶⁹.

Entrementes, como aqui já esclarecido, a Constituição Federal de 1988 firmou o paradigma do Estado Democrático de Direito, o qual agrega a participação

⁴⁶⁴ HABERMAS, 2010, p. 245-247.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 280-283, 292.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 246.

⁴⁶⁷ Sobre as condições de comunicação vistas como direitos fundamentais processuais cf. item 2.4.1. Já, para um exame do princípio do devido processo legal ou do processo justo, cf. item 4.3.

⁴⁶⁸ HABERMAS, *op. cit.*, p. 273-274.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 274-276.

dos cidadãos na formação da opinião e da vontade estatal⁴⁷⁰. Isto, como não poderia deixar de ser, alcança os atos jurisdicionais, os quais passam a assumir como condição de validade a comunicação intersubjetiva inclusiva, tanto das partes diretamente envolvidas, como do restante da sociedade (ainda que representada por um juiz imparcial, pelo Ministério Público, por órgãos de advocacia pública, ou diretamente pela intervenção de terceiros)⁴⁷¹.

Vale mencionar o alerta do autor de que o paradigma jurídico ou pano de fundo não sirva como uma ideologia negativa imposta violentamente, permitindo subjetivismos, arbitrariedades, paternalismo e ilegalidades. Para tanto, o paradigma e a comunidade jurídica precisam estar abertos à pluralidade de argumentos, de opiniões e de interpretações, clamando por um esforço cooperativo no intento se estabelecer o controle intersubjetivo contínuo da decisão estatal⁴⁷².

Portanto é possível afirmar que a racionalidade da decisão judicial é favorecida pela segurança jurídica alcançada por meio da observância das normas pertinentes ao devido processo legal (o que, por si só, já alcança os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões), bem como pela demonstração de consistência em relação ao ordenamento jurídico, à jurisprudência, e aos demais entendimentos da comunidade de especialistas.

De outra banda, trata da correção da decisão judicial, a qual é conseguida pela aceitabilidade racional apoiada em argumentos. Assim, da fundamentação argumentativa afere-se o preenchimento das condições de validade do discurso, como, por exemplo, a garantia das condições comunicativas pela observância dos direitos fundamentais processuais, especialmente, aqueles enfeixados pelo devido processo legal. Dito de outra maneira, num nível teórico, a decisão judicial deve almejar ser encarada como um acordo racionalmente motivado, obtido quando os argumentos, apenas por sua força, movem os participantes à tomada final de posição⁴⁷³.

⁴⁷⁰ Cf. itens 2.2 e 2.3.

⁴⁷¹ HABERMAS, 2010, p. 284-285. Sobre a intervenção de terceiros via *amicus curiae*, cf. item 8.7.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 278-279.

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 281-282.

Para isto, o discurso judicial há que ser visto como um processo argumentativo intersubjetivo⁴⁷⁴. Os argumentos dos sujeitos processuais revelariam as razões que justificam a pretensão por eles levantada no processo, sendo relevantes para influenciar e mover (ainda que potencialmente, ou seja, mesmo que não ocorra na prática) os demais integrantes do discurso em direção à aceitação racional da resolução obtida para o caso. O movimento dos participantes do debate processual seria influenciado pela força do melhor argumento. Considera-se um “bom argumento” aquele que contribui para a solução do problema discutido, motivando, pela força de sua influência, os atos comunicativos dos sujeitos que participam no curso do processo rumo à aceitação racional da decisão judicial que venha a ser alcançada⁴⁷⁵.

Em resumo, a racionalidade da decisão judicial acerca de um caso concreto seria satisfeita sob a análise de dois prismas. Primeiro, pela observância da estrutura comunicativa do processo, refletida pelas garantias das normas do devido processo legal e pela consistência da resolução do caso em relação ao ordenamento jurídico e à jurisprudência. Em segundo, pela constatação de que os motivos que embasam o ato processual final o tornam aceitável quando cotejados com as razões dos argumentos e contra-argumentos levantados de modo dialógico, cooperativo e intersubjetivo no curso do processo.

Cumpra esclarecer que ao se falar em processo cooperativo de comunicação intersubjetiva no âmbito jurisdicional não se está esperando que, na rotina forense, todos os sujeitos abdicuem de seus interesses em prol de uma solidariedade mútua ou de um apreço compartilhado pelos mesmos valores. O fato da teoria de Habermas ser erigida a partir de condições ideais de realização não desqualifica sua utilidade prática. Afinal, ela própria conhece suas idealizações e por isto as prepara para o cruzamento com os dados provenientes da realidade fática. Por exemplo, nada impede que as partes persigam seus interesses, objetivando uma decisão que lhes seja favorável, o que permite, inclusive, a introdução de argumentos estratégicos no discurso⁴⁷⁶. Mesmo com tais atitudes seus argumentos contribuem

⁴⁷⁴ Cf. item 7.4.

⁴⁷⁵ HABERMAS, 2010, p. 283.

⁴⁷⁶ Antes de tudo é preciso esclarecer que o uso de argumentos estratégico não significa o emprego de engodo, de má-fé, de chicana, de falácias, de falsidade, de abuso processual. Estes são casos de ilegalidades, para os quais a legislação prevê sanção. A inteligibilidade das asserções, a verdade da

para o discurso processual, fornecendo elementos que integrarão a fundamentação da decisão judicial⁴⁷⁷.

Vale destacar que o direito processual não regula a argumentação em si (sendo estranhos ao direito positivo a lógica argumentativa, a espécie dos argumentos empregados, e os motivos particulares que os embasam), mas assegura as condições comunicativas para que a lógica do discurso argumentativo siga devidamente, culminando numa decisão fundamentada, a qual deve considerar em seus argumentos as razões lançadas pelos demais sujeitos no discurso processual. Outrossim, a própria rediscussão das questões aventadas no debate processual é possibilitada pela impugnação da decisão. Deste modo, o direito é protegido duplamente: de um lado, pela correção da decisão do caso concreto (o que atinge, especialmente, as partes); e pela uniformidade e aperfeiçoamento do direito (atingindo o interesse público na coerência da ordem jurídica)⁴⁷⁸.

Tal proteção de dupla face é garantida com a participação intersubjetiva e argumentativa em contraditório, bem como pela fundamentação das decisões.

Percebe-se que a decisão judicial de um caso concreto, para fazer valer a função social integrativa do Direito, deve demonstrar a obediência às instâncias e procedimentos legais e, concomitantemente, precisa ser racionalmente aceitável pela sociedade. Por isto, se fala numa dupla justificação dos juízos, uma de ordem interna, e outra externa⁴⁷⁹.

A decisão judicial precisa apresentar ambas as justificações. Logo, deve demonstrar a coerência⁴⁸⁰ em entre suas premissas e enunciados, bem como entre seu conteúdo e o ordenamento jurídico e os precedentes judiciais. Ainda, precisa

proposição e a veracidade do sujeito são condições de validade de qualquer enunciado em um discurso. Empregar argumentos estratégicos significa o uso pragmático da razão prática, fundando em motivos utilitaristas, baseados num cálculo de custo-benefício, o qual leva em conta apenas os interesses particulares, fazendo do mecanismo de comunicação e dos sujeitos nele envolvidos meros instrumentos para obtenção de um fim útil desejado. Para mais detalhes, cf. item 2.4.

⁴⁷⁷ HABERMAS, 2010, p. 280-281, 287-288. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 199-200.

⁴⁷⁸ HABERMAS, 2010, p. 292-295.

⁴⁷⁹ LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. **Revista Juris Plenum**, v. 1, n. 100, p. 9, mai. 2008. HABERMAS, *op. cit.*, p. 247.

⁴⁸⁰ Aqui é cabível o emprego do sentido de coerência especificado por Ávila, que a decompõe em coerência formal, dividida em consistência (ausência de contradição) e completude (integridade e coesão inferencial); e coerência substancial, concernente às proposições levantadas e sua dependência recíproca (implicação lógica e equivalência lógica) e seus elementos comuns (significados semelhantes). Cf. ÁVILA, 2011, p. 135-145.

justificar as premissas empregadas, a fim de proporcionar a aceitabilidade racional por parte da sociedade, primando a aplicação deontológica das normas, mas sem descuidar do valores (morais e políticos, de natureza teleológica), conforme a contingência histórica e cultural do momento em que se decide sobre determinado caso concreto. A primeira se pode chamar justificação interna; à segunda, justificação externa⁴⁸¹.

Deste modo, fica garantida a racionalidade da decisão judicial que atenda às exigências de segurança jurídica e de correção, por meio de uma motivação ou fundamentação que justifique, interna e externamente, as razões da medida adotada ao fim do processo pelo órgão estatal.

6.4.1 A importância da fundamentação das decisões para a questão da racionalidade

A fundamentação ou motivação da decisão é imprescindível à racionalidade da decisão judicial. Como visto, para que o preceito normativo estabelecido na parte dispositiva da decisão possa ser compreendido como uma resposta correta, adequada ao caso concreto debatido, os envolvidos devem poder compreendê-lo como uma solução racionalmente aceitável. E é na motivação que se fará a justificação da decisão judicial, com base na enunciação do caminho racional percorrido pelo órgão judicial.

Consciente da impossibilidade de se alcançar uma fórmula precisa para determinar a justiça da decisão, Taruffo emprega três critérios mínimos, complementares e inseparáveis para a obtenção de uma decisão correta. Elenca a determinação confiável dos fatos relevantes; a correção da escolha e da interpretação da regra jurídica aplicável ao caso; e a utilização de um processo

⁴⁸¹ HABERMAS, 2010, p. 245-247, 280-281, 285-286. LUCHI, 2008. FIGUEROA, 2012, p. 447-467. ATIENZA, 2006, p. 126-132, 172-179. CAMBI, 2011, p. 325-341. FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006, p. 44-54. BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 73-84.

válido e justo para chegar à decisão final⁴⁸². Todos devem ser demonstrados na fundamentação da decisão.

O acertamento das questões de fato permitirá justificar a qualificação da norma de direito incidente sobre o caso, bem como as consequências jurídicas dela decorrentes. Assim, os enunciados que correspondam aos fatos da causa devem implicar determinadas normas jurídicas. Do mesmo modo, as normas individualizadas como aplicáveis também precisam pressupor determinados fatos. Há uma relação de implicação mútua entre a solução das questões de fato e de direito⁴⁸³.

A partir de então se avalia o nexos de implicação e coerência entre o que foi decidido sobre as questões de fato e de direito. Para tanto é necessária a justificação de cada enunciado concernente a cada questão de fato e de direito decidida, de modo que a decisão judicial evidencie ter sido racionalmente correta. Assim, o ideal é a justificação compartimentada de cada um dos enunciados ou etapas lógicas, que também proporcione uma justificação geral da decisão judicial. Há que se estabelecer um encadeamento lógico entre o enunciado antecedente e o subsequente, a partir de um vínculo de implicação mútua, proporcionando ainda uma justificação mais ampla acerca da racionalidade da conclusão obtida⁴⁸⁴.

A motivação das decisões judiciais precisa evidenciar adequada valoração das provas, a interpretação e aplicação do direito, e a observância das garantias constitucionais, como coordenadas para uma decisão correta e justa. Assim, o dimensionamento dos fatos, a hermenêutica jurídica, e a justiça procedimental, interpenetram-se como fatores assecuratórios de uma decisão justa⁴⁸⁵.

⁴⁸² TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. Disponível em: <<http://www.dirittosuweb.com/aree/rubriche/record.asp?idrecord=594&cat=19>>. Acesso em 25 jan. 2013.

⁴⁸³ TARUFFO, 2006, p. 238-244, 391-392, *passim*. ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 47, nota 71.

⁴⁸⁴ O termo “enunciado” aqui é empregado no seguinte sentido: “Qualquer expressão linguística de sentido completo. Neste sentido, mais estritamente gramatical, o termo indica não só a expressão declarativa (asserção ou proposição), como também as dúvidas, os comandos, as exortações, as apóstrofes, etc, frases que não podem ser declaradas verdadeiras ou falsas.” Cf. ABBAGNANO, Nicola. Enunciado. In: **Dicionário de Filosofia**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 337. Desta forma, a expressão em epígrafe é aqui utilizada sem identidade com o sentido que lhe imputa a lógica formal, havendo entre ambos os significados apenas uma relação de proximidade.

⁴⁸⁵ PORTO; USTARRÓZ, 2009, p. 66-71 *passim*.

O que se constata é que a fundamentação das decisões, para poder justificar a decisão do dispositivo, deve ser o resultado da atividade dialógica erigida no interior do processo. As questões debatidas em contraditório, resolvidas com base na influência dos argumentos levantados por cada sujeito processual, devem ser o substrato dos enunciados que compõem a justificação esposada na motivação do provimento final. Cada questão aventada pela participação intersubjetiva em contraditório precisa estar ligada aos enunciados propostos na fundamentação da decisão⁴⁸⁶.

Portanto, na elaboração da decisão judicial, a fundamentação é o momento em que se analisam e resolvem as questões incidentais, ou seja, aquelas que precisam ser solucionadas para que a questão principal (o objeto litigioso do processo, ou seja, o mérito) possa ser apreciada e decidida⁴⁸⁷.

Nela são encontrados elementos para a elaboração da *ratio decidendi*, ou seja, os fundamentos que sustentam a decisão, a essência da tese jurídica afirmada ao caso. Ainda, na motivação, está a resolução das questões de direito processual, enquanto requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito; das questões de fato, que formarão as premissas da decisão, incluindo a convicção acerca das provas (sistema de persuasão racional ou do livre convencimento motivado); as questões de direito, com o preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, juntamente com o embasamento para a interpretação e aplicação da norma de direito empregada no dispositivo da decisão.

Em suma, é na fundamentação da decisão que são enfrentadas as argumentos das partes (*causa petendi* e *causa excipiendi*). Lá desemboca o caminho trilhado, em contraditório, no processo. Por conseguinte, tal é o sítio donde se podem retirar motivos para o eventual prosseguimento do contraditório, via recursos ou ações autônomas de impugnação⁴⁸⁸. Tal é a base para se atestar a racionalidade da decisão judicial, mediante a constatação do atendimento da segurança jurídica, bem como da justiça da decisão.

⁴⁸⁶ DIAS, 2006, p. 570-571. _____, 2010, 128-132.

⁴⁸⁷ DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 229.

⁴⁸⁸ Cf. item 7, especialmente, 7.3, 7.4 e 7.8.

6.5 OS VÍCIOS NA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Antes de tudo, é preciso explicar que diante da vastidão do tema que envolve os vícios na motivação das decisões judiciais, o exame a seguir irá se deter naquilo que importar ao elo entre o contraditório e a fundamentação das decisões.

Pois bem, Alvaro de Oliveira e Mitidiero enumeram os seguintes vícios na motivação:

a) ausência de uma real justificação da decisão; b) a motivação *per relationem*; c) as hipóteses de pseudomotivação ou de motivação fictícia; d) insuficiência de um ou mais elementos essenciais da inferência em que se baseia todo argumento justificativo; e) erros ou impropriedades lógicas de modo a comprometer a correção argumentativa⁴⁸⁹.

No primeiro caso, a ausência de motivação significa a falta de fundamentos que efetivamente justifiquem a conclusão aventada pelo dispositivo da sentença.

Na hipótese seguinte, que trata da motivação *per relationem* ou por relação, há a falta de uma justificação autônoma para as questões próprias do caso concreto decidido. Invoca-se como fundamento da decisão apenas um ato processual (decisão, parecer, etc.) praticado em outro momento⁴⁹⁰.

Ora, é salutar que precedentes jurisprudenciais sejam empregados no embasamento das decisões. Contudo, isto não desincumbe o órgão jurisdicional do dever de motivar adequadamente as decisões que profere. É preciso expor as razões pelas quais se concorda ou discorda de determinado posicionamento⁴⁹¹. A

⁴⁸⁹ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 56.

⁴⁹⁰ Há quem faça distinção entre motivação *per relationem* e motivação *aliunde*. Na primeira, os fundamentos da decisão seriam retirados de ato processual produzido no curso do mesmo processo, dentro da mesma relação jurídica, como no caso do tribunal que, ao analisar recurso, simplesmente se reporta aos fundamentos da sentença de primeiro grau para motivar sua decisão. Por outro lado, a motivação *aliunde* corresponderia à remissão a ato processual produzido em processo diverso, referente a outra relação jurídica. Adotando a citada diferenciação, conferir: TUCCI, 1987, p. 18-19. Todavia, esta pesquisa perfila-se ao grupo de autores que não faz distinção (ou, aparentemente, ao menos a desconsidera) no que tange mencionadas modalidades de fundamentação por referência. Nesta linha, ver: WAMBIER; MEDINA, 2011, p. 290-291. Tal posicionamento se justifica pelo tratamento idêntico conferido a ambos os tipos de motivação, considerados reprováveis pela falta de fundamentos próprios, imprescindíveis a qualquer manifestação estatal de poder, inclusive à decisão judicial. Cf. ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 48.

⁴⁹¹ BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 122.

mesma ideia serve quando as decisões são baseadas no emprego de jurisprudência dominante de determinado tribunal. Em tais casos permite-se que a fundamentação seja concisa, o que é bem diferente de não motivá-la. Isto também se aplica ao uso de súmula vinculante, carecendo a decisão de fundamentação para demonstrar como o caso concreto se encaixa na hipótese versada na súmula. Para que não haja ofensa ao contraditório o juiz deve se reportar tanto aos argumentos e provas da tese a que adere, seja a do autor ou a do demandado, quanto da tese que refuta. É preciso que exponha os motivos pelo quais determinados argumentos e provas não lhe convenceram⁴⁹².

No entanto a jurisprudência brasileira parece não ver problemas no uso de motivação *per relationem*, admitindo a o emprego de precedentes, de súmula de jurisprudência dominante, e de parecer do Ministério Público, sendo reconhecida sua constitucionalidade no âmbito dos Juizados Especiais⁴⁹³.

De qualquer forma é interessante a posição de Didier Jr., que ao aceitar a possibilidade da motivação *per relationem* como exceção, ao menos estabelece critérios para seu uso. Segundo o mencionado autor, em primeiro, é necessário que o caso em questão não tenha sido levantado fato ou argumento novo, de modo que as questões suscitadas no processo relacionado e no que se emprega a relação sejam idênticas. Ainda, a peça processual original, sobre a qual se reporta, precisa ter sido devidamente fundamentada. Por fim, a peça processual referida deve estar

⁴⁹² DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 230.

⁴⁹³ Ver: BRASIL. STF. AI n. 167.580. Rel.: Min. Ilmar Galvão. J. 12 set. 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 01 mar. 2013. BRASIL. STF. RE n. 235.800 / SP. Rel. Min. Ilmar Galvão. J. 28 ago. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 01 mar. 2013. BRASIL. STF. HC n. 86.533 / SP. Rel.: Min. Eros Roberto Grau. J. 08 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 01 mar. 2013. Já, em sentido inverso, corroborando com o que se apregoa nesta pesquisa, menciona-se o seguinte julgamento: "PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. NÃO ENFRENTAMENTO DE QUESTÃO POSTA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. VIOLAÇÃO DA LEI FEDERAL CONFIGURADA. MOTIVAÇÃO INEXISTENTE. "DUE PROCESS OF LAW". ART. 535, CPC. RECURSO PROVIDO. I - A motivação das decisões judiciais reclama do órgão julgador, pena de nulidade, explicitação fundamentada quanto aos temas suscitados. Elevada a cânone constitucional, apresenta-se como uma das características incisivas do processo contemporâneo, calcado no "due process of law", representando uma "garantia inerente ao estado de direito". II- É nulo o acórdão que mantém a sentença pelos seus próprios fundamentos, por falta de motivação, tendo o apelante o direito de ver solucionadas as teses postas na apelação." BRASIL. STJ. REsp. n. 493.625 / PA. Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo. J. 26 jun. 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/default.asp>>. Acesso em: 01 mar. 2013.

inserida nos autos para que as partes tenham acesso a ela. Assim, respeita-se o contraditório, ao tempo em que se permite o controle da decisão judicial⁴⁹⁴.

Também consideram o emprego da motivação *per relationem* Wambier e Medina, desde que a argumentação relacionada não tenha sido desenvolvida por uma das partes (o que engloba o Ministério Público, quando atua como parte), favorecendo a imparcialidade da decisão. Ainda, é necessário que se justifique a razão de ter sido utilizada a técnica de motivação por relação, e se esclareça quais as particularidades que identificam a situação em exame com aquela referenciada⁴⁹⁵.

A pseudomotivação ou motivação fictícia são aquelas em que há mera aparência de fundamentação. Em geral, são decisões padronizadas, as quais, de tão genéricas e imprecisas, poderiam ser aplicadas a inúmeras demandas diferentes⁴⁹⁶. Corresponde aos casos em que apenas é feita a simples menção a provas ou documentos, sem que seja demonstrada a valoração destes. Esta também acomete as questões jurídicas, quando se faz o mero apontamento do dispositivo legal ou sua simples reprodução textual, sem explicitar as razões do enquadramento do caso concreto a determinada norma geral e abstrata. Ainda há aqueles que indicam precedentes como se isto fosse suficiente para a justificação das razões de decidir o caso em pauta. O uso de jargões, ou expressões lacunosas e genéricas, sem a devida determinação de sentido, as quais poderiam ser utilizadas como base para qualquer outra decisão, também correspondem à motivação fictícia⁴⁹⁷. Como exemplo, citam-se as decisões exclusivamente amparadas no “bom senso”, na “experiência”, na “evidência” ou nos “princípios gerais”⁴⁹⁸. Repudiam-se, também, decisões fundadas somente em expressões como “a prova produzida pelo autor não convence”⁴⁹⁹, “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no

⁴⁹⁴ DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 237.

⁴⁹⁵ WAMBIER; MEDINA, 2011, p. 290-291.

⁴⁹⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada. **Revista de processo**, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 220-225, jan./mar., 1996.

⁴⁹⁷ “EMENTA: Decisão judicial: ausência de fundamentação e nulidade. Não satisfaz a exigência constitucional de que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário (CF, art. 93, IX) a afirmação de que a alegação deduzida pela parte é ‘inviável juridicamente, uma vez que não retrata a verdade dos compêndios legais’: não servem à motivação de uma decisão judicial afirmações que, a rigor, se prestariam a justificar qualquer outra.” BRASIL. STF. RE n. 217.631 / GO. Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. J. 09 set. 1997. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/default.asp>>. Acesso em: 01 mar. 2013.

⁴⁹⁸ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 56.

⁴⁹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença. In: **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121

processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”; “adotando as razões do parecer do Ministério Público, acolho o pedido”; “por falta de amparo legal, indefiro o pedido”; “presentes os pressupostos legais concedo a liminar”; “ausente os pressupostos legais denego a liminar”; “ausente os pressupostos legais revogo a liminar”; “revogo a liminar”⁵⁰⁰; “a prova para condenar tem que ser robusta”; “a palavra da vítima assume especial relevância nos crimes sexuais”; “a boa-fé do litigante sempre se presume”; “atendendo ao que nos autos está fartamente provado”; “a robusta prova dos autos”; ao que disseram as testemunhas”⁵⁰¹; dentre outras da mesma estirpe.

Já a insuficiência corresponde à falta de argumentos necessários à conclusão prevista no dispositivo da decisão judicial, de modo que a justificativa apresentada na motivação não permita a inferência daquilo que é decidido.

Enfim, os erros ou impropriedades lógicas decorrem da incoerência da decisão, comprometendo a correção da argumentação apresentada.

Já Theresa Arruda Alvim Wambier elabora uma classificação mais simplificada, mas nem por isto menos útil e relevante. Para ela há três espécies de vícios intrínsecos das sentenças, no caso, a ausência de fundamentação; a deficiência de fundamentação; e a ausência de correlação entre fundamentação e decisório. No entanto, todos seriam redutíveis à ausência de fundamentação, gerando a nulidade da sentença. Afinal, a fundamentação que for deficiente, ou que não guarde relação com o decisório, sequer é fundamentação. Logo, “fundamentação inadequada é o mesmo que fundamentação inexistente”⁵⁰².

Ultrapassando o aspecto classificatório dos vícios, chega-se a interessante divergência doutrinária acerca das consequências jurídicas imputáveis à motivação defeituosa e/ou ausente. O problema surge ao se questionar se deve ser feita distinção entre sentença sem fundamentação (ausência de motivação) e sentença

⁵⁰⁰ Apesar de não fazer uso da classificação ora empregada, Nelson Nery Jr. considera a escora em tais expressões como verdadeira falta de motivação. E uma vez que as decisões devem ser substancialmente fundamentadas, reputa as mencionadas hipóteses como caso de nulidade por falta de motivação. Cf. NERY JR, 2004, p. 218-220 *passim*.

⁵⁰¹ Eduardo Cambi equipara os casos em tela a decisões sem qualquer motivação, correspondendo a verdadeiro arbítrio judicial. Ver: CAMBI, 2011, p. 323.

⁵⁰² WAMBIER, 2007, p. 322-323.

mal fundamentada (defeito na motivação), bem como tais casos devem receber tratamento diferenciado.

De um lado perfilam-se aqueles que consideram a ausência de motivação corresponde à decisão inexistente. A decisão deficiente equivaleria a uma decisão não fundamentada, e esta, por sua vez, sequer seria uma decisão. Não poderia ser assim considerada por falta de elemento essencial requisitado pela Constituição para a elaboração de provimentos jurisdicionais. Como qualquer ato estatal de exercício de poder precisa ser passível de controle, a ausência de motivação acarretaria em um exercício ilegítimo da função jurisdicional. Por conseguinte, a decisão poderia ser extirpada do mundo jurídico a qualquer momento, inclusive por ação autônoma destinada a decretar a inexistência do ato judicial⁵⁰³.

Já para outra corrente, a motivação da decisão corresponde a elemento do ato da decisão judicial. Sua ausência equivaleria então a defeito no ato da decisão judicial, o qual existiria, mas contaminado por um vício. Logo, haveria a possibilidade da decretação de nulidade da decisão, a requerimento dos interessados ou de ofício. No entanto, seria necessário observar os critérios exigidos pelos mecanismos legais previstos para as hipóteses de anulação e reforma de decisões, sejam ações autônomas de impugnação ou recursos por ventura cabíveis. Ainda, precisariam ser observados os demais critérios do sistema de nulidades dos atos processuais, como a ocorrência de eventual prejuízo, o princípio do contraditório, a instrumentalidade das formas e a tentativa de aproveitamento⁵⁰⁴. Havendo a preclusão (lógica, temporal ou consumativa) da oportunidade de impugnar o ato, seria impossível desconstituir a decisão. No máximo, dentro de dois anos, caberia a propositura de ação rescisória. Portanto, a ausência de motivação acarretaria uma decisão judicial ilegítima e arbitrária, mas ainda assim haveria uma decisão judicial⁵⁰⁵.

É nítida a conotação política de controle dos atos estatais de poder empregada pela primeira corrente. Apesar de menos técnica entende-se a

⁵⁰³ Nesse sentido: TARUFFO, 2006, p. 383-394. WAMBIER; MEDINA, 2011, p. 285, 289.

⁵⁰⁴ Sobre o sistema de nulidades cf. item 8.6.

⁵⁰⁵ Nesta linha: DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 237-238. TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 56, p. 223, out. 1989. No entanto, é preciso salientar a defesa de "vícios transrescisórios", os quais permitem invalidar decisão judicial existente mesmo após o prazo da ação rescisória. Trata-se de casos que ofendem o contraditório, especialmente em sua feição de direito de informação, o que ocorre nas situações em que um processo é julgado em desfavor do réu, tendo corrido a sua revelia em razão de defeito ou ausência de citação. Cf. DIDIER JR, Fredie. **A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

pertinência dos argumentos a favor da inexistência da decisão judicial com motivação inadequada.

No entanto, ao considerar o peso dos precedentes jurisprudenciais, a literalidade das previsões normativas, bem como a lógica dos argumentos da corrente que propugna pela invalidade da decisão com vício na fundamentação, entende-se, a princípio, a correção de tal vertente. Todavia, sem aprofundar no tema, evitando-se o risco da perda do foco da pesquisa, apenas se deixa a sugestão que se considere como viciada não só a sentença sem fundamentação, mas também a sentença indevidamente fundamentada. Um dos critérios para a invalidação do ato deverá ser a constatação de debate prévio efetivo, a fim de assegurar a legitimidade democrática do meio e do resultado processual, garantindo-se o nexo entre a fundamentação da decisão e o contraditório, conforme se verá adiante⁵⁰⁶.

⁵⁰⁶ Cf. itens 8.6 e 8.8.

7 A DIVERSIDADE DE PERSPECTIVAS SOBRE A CONEXÃO CONTRADITÓRIO-FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

No desenvolvimento desta pesquisa foram mostrados diversos pontos em que o contraditório e a fundamentação das decisões se encontram. Agora, é chegado o momento de abordar detidamente a relação em epígrafe.

A riqueza de tal conexão é tamanha que variadas são as perspectivas que se pode lançar sobre o tema. Adiante, serão destacados alguns aspectos considerados relevantes para a dotação de legitimidade democrática ao processo civil, os quais atuam concomitantemente.

É preciso ressaltar, todavia, que a pesquisa ora manejada pretende apenas pôr em evidência o nexo relacional entre os direitos fundamentais ao contraditório e à fundamentação das decisões, salientando como tal ligação favorece a legitimidade democrática do direito processual civil em harmonia com a concepção de Estado Democrático de Direito apresentada. Portanto, alerta-se que, a seguir, não será efetivada uma dissecação analítica no tocante à conexão em comento, tampouco será almejado o esgotamento de hipóteses ou a classificação exaustiva de perspectivas que tocam o caso. A repartição deste item não corresponde a qualquer tentativa de sistematização. Medidas como essas são deixadas para futuros estudos.

7.1 RELAÇÕES GENÉRICAS

A correlação entre os direitos fundamentais processuais em epígrafe inicia pelas coincidências de ordem tipológica, sendo normas jurídicas do tipo princípio⁵⁰⁷. A eficácia destes também se irradia horizontal e verticalmente⁵⁰⁸. Ainda, há um nexo genético, uma vez que os direitos em questão se encontram imersos no complexo de garantias que é o devido processo legal⁵⁰⁹, perfazendo o conteúdo mínimo do modelo constitucional de processo brasileiro⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ Cf. itens 4.3.1 e 4.3.2.

⁵⁰⁸ Cf. item 4.3.3.

⁵⁰⁹ Cf. item 4.3.4.

⁵¹⁰ Cf. itens 4.1 e 4.2.

A identidade também se revela quanto à natureza deles, visto serem direitos fundamentais. Portanto, podem ser encarados por uma perspectiva subjetiva e outra objetiva, alçando o seu titular a diversas posições jurídicas das quais se extraem, respectivamente, a exigibilidade destes perante o Estado, e a obrigação institucional de observá-los difusamente na atuação pública e promovê-los diretamente pelo seu agir⁵¹¹. Dentre as citadas posições jurídicas, o contraditório e a fundamentação das decisões podem ser vistos como direitos no procedimento, a serem garantidos no interior do processo. Mas também podem ser encarados como direitos garantidos pelo processo, uma vez que encarnam, respectivamente, a ideia de participação na formação da vontade estatal, bem como noção de controle dos atos do Estado a partir da justificação que estes devem apresentar⁵¹². A gama de consequências derivadas de cada posição jurídica assumida pelo titular de tais direitos é tão diversificada que é possível dizer que ambos possuem multifuncionalidades⁵¹³. Mas vale frisar que suas funções sempre devem encontrar amparo na dimensão vigente de direitos fundamentais, o que alterna a sua interpretação e aplicação conforme as contingências de históricas e culturais refletidas em determinada ordem jurídica. Como neste estudo se aceita a tese de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, o contraditório e a fundamentação das decisões são lidos sob a lente da democracia, da informação, do pluralismo e da participação⁵¹⁴.

Considerando a essência de direito fundamental processual como predicado comum a ambos os princípios em epígrafe, é possível notar outra semelhança. Os dois pertencem à classe das condições de comunicação, da qual fala Habermas, imprescindíveis ao diálogo intersubjetivo e, por conseguinte, ao exercício das autonomias pública e privada. Dessa ótica, é possível concluir que a participação em contraditório e a argumentação pela fundamentação das decisões, desde que assegurados no interior de espaços públicos de debate, garantem a interação entre sujeitos, quer públicos, quer privados, auxiliando o diálogo democratizado, imprescindível para que os destinatários das normas jurídicas também se enxerguem como seus coautores⁵¹⁵.

⁵¹¹ Cf. item 3.3.

⁵¹² Cf. itens 3.4.1 e 3.4.2.

⁵¹³ Cf. item 3.4.

⁵¹⁴ Cf. item 3.2.

⁵¹⁵ Cf. itens 2.4 e 2.4.1.

Mas a conexão entre ambos vai além. As proximidades genéricas acima mencionadas foram encontradas nesta pesquisa sem o aprofundamento nas espécies de direitos em comento. Este conjunto de relações gerais entre o contraditório e a fundamentação das decisões circunscreve o direito processual civil, influenciando-o, de fora para dentro. De outra senda, observando-se o fenômeno da conexão ora aventada dentro dos limites do processo civil, é possível encontrar várias outras interações, as quais repercutem internamente no processo, gerando, ainda, reflexos centrífugos, como se verá adiante.

7.2 RELAÇÃO DEMONSTRATIVA

Ao analisar cada um dos direitos em destaque, detidamente, percebeu-se que mais fortes são os laços que os unem.

Do exame o contraditório notou-se a aglomeração em seu sentido das noções de informação, de reação, de igualdade em paridade de armas, de participação ativa, de oportunidade de influência, de proibição de decisões surpresa (ou de juízos de terceira via), bem como a ideia de colaboração (ressaltando a noção de comunidade de trabalho, incluindo os deveres de esclarecimento, de consulta, de prevenção e de auxílio). Vê-se que ele busca garantir a participação das partes, de modo que estas possam influenciar na formação da convicção do julgador, impedindo decisões estranhas ao debate processual. Determina, ademais, que o juiz participe do debate, ingressando no diálogo com os demais sujeitos do processo, e que estes colaborem entre si, na tentativa de alcançar melhores resultados, seja na instrução do material fático, na interpretação do conteúdo jurídico, ou na regularização de empecilhos que possam obstar o curso e o fim adequados do processo.

Já, ao se perscrutar a fundamentação das decisões judiciais, percebeu-se que ela assume funções endoprocessuais e extraprocessuais, as quais proporcionam o controle dos atos estatais emitidos no exercício da função jurisdicional, tornando-os condizentes com o paradigma do Estado de Direito constitucional e democrático vigente. Pela motivação se alcança uma decisão adequada ao caso concreto, cuja racionalidade é demonstrada pelas justificações,

interna e externa, apresentadas. Assim, a fundamentação da decisão deve atestar o percurso devido do processo e, ainda, precisa apontar como resultado deste uma posição consistente e coerente com o sistema de direitos, que seja, concomitantemente, aceitável racionalmente para o público interno e externo ao processo. Fica clara a finalidade do princípio em pauta de expor e confirmar o respeito aos direitos fundamentais processuais (bem como às demais regras procedimentais), dentre eles o contraditório. Logo, a decisão judicial, devidamente fundamentada, teria o condão de revelar um processo justo e um resultado justo. Esta certificaria ainda o atendimento à segurança jurídica e à correção do processo e da própria decisão, comprovando-os como válidos, ou seja, legais e legítimos.

Daí se extrai um enlace de natureza demonstrativa. De maneira mais clara, é possível afirmar que, ao tempo em que o diálogo e a colaboração ensejados pelo contraditório são realizados, também se percebe a adequada participação do órgão jurisdicional, o qual, ao interagir com as partes, há de empregar decisões arrazoadas. Além disso, considerando que a regra é o contraditório prévio, mediante a conservação deste o magistrado colhe argumentos do discurso processual, os quais deverão constar na fundamentação da sua decisão. Afinal, como o julgador não deve decidir solitariamente, ele precisa extrair da dialética processual as razões que integrarão seus pronunciamentos. E sendo devidamente fundamentada aquela decisão que exhibe – e resolve – em seu corpo as questões discutidas pelos protagonistas do processo, por meio desta restará comprovado o atendimento do direito ao contraditório.

Ademais, caso haja de pretensão de esclarecimento, reforma ou anulação de uma decisão proferida, o prosseguimento adequado do debate processual, movimentado pela dialética do contraditório, só será possível a partir do ataque aos fundamentos da decisão.

Enfim, observando-se o processo de um ponto de vista macro e dinâmico, ou seja, como um conjunto de atos (ato-complexo⁵¹⁶), a regularidade do contraditório

⁵¹⁶ Insta frisar que, adiante, nesta pesquisa, quando se falar em visão macro e dinâmica do processo, além da noção de processo como procedimento em contraditório, deve ser resgatada a concepção de processo como procedimento enquadrado na categoria ato-complexo de formação sucessiva, cujo suporte fático é formado por vários atos jurídicos. Assim, o processo deverá ser encarado de um ângulo externo, como uma unidade, um conjunto ordenado de atos condicionantes destinados à construção do ato final. Por isso se fala em uma visão macro (processo como unidade, ato-complexo ou um conjunto de atos) e dinâmica (formação sucessiva e ordenada, movimentada pelo contraditório, ato por ato). Cf. DIDIER JR., 2013, p. 22-25, 266-268, 296.

demonstra decisões fundamentadas, do mesmo modo que decisões bem fundamentadas demonstram um contraditório efetivo.

7.3 RELAÇÕES SEMÂNTICAS E PRAGMÁTICAS

Percebe-se, ademais, uma convergência semântica no conteúdo normativo do contraditório e da fundamentação das decisões e, simultaneamente, um entrecruzamento na pragmática destes. Ambos, relidos pela ótica do processo civil cooperativo, participativo, comunicativo, dialógico e democrático exigem-se reciprocamente.

Ao tratarem do princípio da cooperação, Alvaro de Oliveira e Mitidiero deixam claro o ponto de tangência ora em comento ao identificarem a motivação das decisões como uma das expressões daquele princípio. Em tempo, salientam ainda que os deveres do órgão judicial de esclarecimento, de prevenção, de consulta e de auxílio, os quais decorrem do princípio da cooperação, possuem suporte no direito fundamental ao contraditório. Portanto, o contraditório, enxertado pelo ideal de colaboração, requer que as partes sejam ouvidas, jamais surpreendidas. Isto obriga o órgão judicial a considerar os argumentos apresentados pelas partes, devendo evidenciar tal comportamento por meio da fundamentação de suas decisões⁵¹⁷. Só assim as partes podem averiguar se suas alegações foram devidamente consideradas.

Logo, o órgão judicial, ao se deparar com uma questão de fato ou de direito, reconhecível ou não oficiosamente, deve assegurar que sobre ela as partes já tenham debatido no curso do processo. Do contrário, precisa intimá-las a se manifestarem sobre o tema, consultando-as quanto aos aspectos ainda não alvitados no processo. O ato decisório que julgar o ponto controvertido deverá conter em sua fundamentação o itinerário do debate, bem como as conclusões e os elementos relevantes dali extraídos.

Didier Jr. aponta que a conduta do magistrado acima mencionada decorre da aplicação do dever de consulta, corolário do princípio da cooperação, cujas bases estão fincadas no princípio do contraditório. Assim, o juiz precisa consultar as partes

⁵¹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 78-81 *passim*.

sobre questão não levantada no processo, a qual, por óbvio, ainda não foi posta em contraditório. Complementa, afirmando que “a concretização do princípio da cooperação é, no caso, também uma concretização do princípio do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de influenciar na solução da controvérsia”⁵¹⁸.

O mesmo autor ainda retira de outro dos deveres de colaboração, o dever de esclarecimento, a necessidade de o órgão jurisdicional aclarar seus pronunciamentos perante as partes. Complementa dizendo que tal dever também é observável a partir do dever de fundamentar a decisão, o qual, por si só, já abrange o dever de deixar claras as razões da decisão⁵¹⁹. Assim, é possível retirar do contraditório os deveres de colaboração (princípio da cooperação), dos quais há como extrair o dever de fundamentação das decisões. Do mesmo modo, partindo-se do dever de motivar as decisões judiciais se pode chegar ao dever de esclarecimento, o qual também é contido pelos deveres de colaboração, destacáveis do princípio do contraditório. Nota-se uma zona de convergência na qual os âmbitos do contraditório e da fundamentação das decisões coincidem, conferindo densidade ao princípio da cooperação.

Mais nítida fica tal percepção ao se rememorar que os princípios constitucionais do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais são normas superiores, gerais e abstratas, concretizadas por diversas normas mais específicas, as quais prescrevem condutas a serem praticadas no curso do processo, de acordo com a posição e situação jurídica na qual se encontrem os sujeitos. Isto que dizer que o contraditório, ao enfeixar comportamentos como a notificação de um ato processual, o fornecimento de alegações, a apresentação de quesitos para o exame pericial, o acompanhamento na produção de material probatório; enreda-se na atuação de condutas enfeixadas pelo princípio da fundamentação das decisões judiciais, como a valoração das provas, a condução da fase instrutória, a qualificação normativa dos fatos, a imputação de consequências jurídicas ao caso, ou a concessão de medida liminar, por exemplo.⁵²⁰

Vê-se que as atividades processuais de alegar, de pedir, de provar, de contestar e de decidir emaranham-se na prática, em razão da concatenação lógica entre os atos da cadeia processual. Afinal, quem pede faz alegações, as quais

⁵¹⁸ DIDIER JR, acesso em: 15 mar. 2013.

⁵¹⁹ *Idem*, 2013, p. 96.

⁵²⁰ Como exemplo de diversas condutas orientadas pelos princípios constitucionais do contraditório e da fundamentação das decisões cf. itens 5.2, 5.3, 6.2 e 6.3.

podem ser contestadas por outras alegações, sendo imprescindível a colheita de provas a fim de subsidiar as razões da decisão. Desta, podem advir novos pedidos, amparados por outras alegações, as quais, contestadas, também hão de ser comprovadas, para que se possa construir uma nova decisão tendo por base tal interação entre os sujeitos processuais. Do mesmo modo, mas em sentido inverso, uma decisão requer argumentos que a sustentem, devendo encontrá-los nas fundamentações do pedido e da defesa, bem como no resultado da instrução probatória. Todas estas condutas são codependentes, devendo ser praticadas mediante cooperação mútua, seja pela força da eficácia normativa irradiada dos conceitos do contraditório e da fundamentação das decisões, seja pela imbricação dos comportamentos diante de uma prática adequada, na qual, inexoravelmente, o ato de um dos envolvidos no processo é influenciado pelos atos dos demais⁵²¹.

Chama atenção a exigência de congruência entre o conteúdo da petição inicial, incluindo a causa de pedir e o pedido; a resposta do demandado, o que engloba os fundamentos da defesa; e a decisão judicial, tanto no tocante à sua motivação quanto ao dispositivo. Há um ponto de tangência entre os direitos e deveres ali exercidos e os mencionados atos quando praticados, de modo que se pode concluir que, apesar de serem apresentados em momentos diversos no curso do processo, todos são correlatos⁵²². E é aí que o contraditório e a fundamentação das decisões entram, funcionando como elo na cadeia argumentativa existente na prática processual.

Nota-se que a ampla e ativa participação de todos os sujeitos do processo importa tanto às partes quanto ao órgão jurisdicional⁵²³. Isso se constata ao observar que a partir da feição renovada do contraditório, como trinômio informação-reação-participação, este garante às partes a paridade de armas, assegurando-lhes as mesmas oportunidades de atuação no processo para que possam influenciar na formação das bases da sentença. Quanto ao juiz, ao assegurar o contraditório, surge-lhe a chance de colher elementos para a fundamentação das suas decisões, a

⁵²¹ CABRAL, 2010a, p. 103-158 *passim*.

⁵²² Em sentido semelhante: DINAMARCO, 2004b, p. 238-240. Ainda, sobre a questão da congruência, ver: OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Nulidade da sentença e o pedido da congruência**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 283. Cf. item 8.5.

⁵²³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 91-101 *passim*.

qual é imprescindível à transparência e ao controle dos atos que pronuncia perante as partes, os órgãos de hierarquia superior e a sociedade⁵²⁴.

Como exemplo registra-se o poder-dever do órgão jurisdicional de instruir ativamente o conteúdo probatório no curso do processo. Tal conduta não dispensa a observância do contraditório, tampouco da fundamentação das decisões. Antes, os direitos retro citados são requisitos para o correto exercício da iniciativa probatória por parte do juiz. O mesmo se diga para a valoração do material ali obtido, a qual também requer a oportunidade de influência das partes na convicção do magistrado, coibindo decisões surpresa. E isto só pode ser atestado pela adequada fundamentação do ato decisório⁵²⁵.

Destaca-se que é até possível um agir que ignore o nexo em pauta. Mas uma atuação correta e adequada requer que se considere a ligação entre o contraditório e a fundamentação das decisões no curso do processo. Assim, além de potencializar a correção dos resultados, evitam-se frustrações, arbítrios, subjetivismos, e até mesmo possíveis ilicitudes⁵²⁶.

O contraditório e a fundamentação das decisões acabam servindo de mecanismos interacionais que exigem tarefas de todos, mas que acarretam benefícios mútuos. Por exemplo, Dierle Nunes salienta que a submissão de todos os fundamentos da futura decisão ao debate em contraditório garante a oportunidade de discussão das questões relevantes, permitindo a influência das partes no desenvolvimento e resultado do processo. Caso isto não ocorra, a decisão proferida surpreenderá as partes, subvertendo a necessária confiança da sociedade na função estatal da jurisdição. O mencionado autor confere destaque ao contraditório, alçando-o a elemento normativo estrutural da participação e policentrismo no processo civil. Esclarece ainda que o contraditório não tem a finalidade de interferir nos poderes de decisão do juiz, mas sim no modo de exercício de tais poderes. De tal maneira, a atuação do órgão jurisdicional busca garantir o contraditório, nulificando atos processuais que não o efetivem⁵²⁷. Em suma, a correta aplicação dos direitos ora em exame, que considere o emaranhamento semântico e

⁵²⁴ LOPES, 2008, p. 269.

⁵²⁵ Cf. item 8.4.

⁵²⁶ Refere-se a hipóteses como má-fé processual, abuso do direito de defesa, conluio entre as partes, corrupção, entre outras.

⁵²⁷ NUNES, 2012, p. 226-232 *passim*.

pragmático dos direitos em epígrafe, mostra-se benéfica aos trabalhos de todos os sujeitos processuais.

7.4 RELAÇÃO ARGUMENTATIVA

A exigência do contraditório e da fundamentação é intrínseca à natureza argumentativa do processo. Enquanto procedimento realizado em contraditório, este deve ter como ato final um resultado lógico e racional em relação àquilo que foi debatido no seu curso. Cabe ao elemento motivacional da decisão esclarecer tal implicação. Frisa-se que a mencionada racionalidade é de cariz argumentativo e dialético, de modo que o intercâmbio de razões entre os sujeitos do processo só é possível a partir dos direitos ora em foco⁵²⁸.

Michele Taruffo retrata bem isto ao afirmar que a dialética é um importante fator para a dinâmica do processo. Aquela se manifesta neste sob duas dimensões principais, o contraditório e a formação da decisão judicial. O primeiro, para ele, corresponderia ao “momento fundamental da ‘racionalidade procedimental’ de que fala Habermas”. Enxerga o contraditório como condição essencial do processo, assumindo este um duplo valor. De um lado, pelo confronto contínuo e articulado das posições dos interessados que proporciona, torna-se um mecanismo ideal para a obtenção de decisões adequadas; de outra banda, pela participação, permite o controle sobre o que acontece no processo, assegurando a correção e a legalidade do comportamento de todos os sujeitos processuais. Já, enquanto segunda dimensão da dialética, a decisão judicial, por meio do referido movimento dialético, alcança a adequada qualificação jurídica do fato e a correta interpretação da norma de direito. Assim, o resultado final do processo pode ser entendido como uma interação dinâmica e complexa de vários fatores, cujo conteúdo é controlável pela motivação da decisão. De tal maneira o provimento jurisdicional formado ao término do processo argumentativo pode pretender a aceitação racional que lhe é necessária⁵²⁹.

⁵²⁸ Cf. itens 5.1 e 6.4.

⁵²⁹ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialética. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 143, p. 65, jan. 2007, passim.

Por tal ótica, o contraditório pode ser visto como requisito da fundamentação das decisões destinado “a gerar as bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação das decisões”. A racionalidade do pronunciamento jurisdicional radica na “interpretação compartilhada dos textos legais democraticamente elaborados e na reconstrução dos fatos pelas partes”, ambos efetivados no interior da estrutura dialética do processo⁵³⁰.

No entanto, esta pesquisa vai além, ao afirmar que também a fundamentação das decisões é requisito do contraditório. Se pela regra do contraditório prévio são fornecidas as razões da decisão vindoura, nas hipóteses excepcionais (que na praxe forense não são tão “excepcionais” assim), o contraditório diferido e o eventual retiram das razões de decidir os seus fundamentos. Sob tal ângulo, é a partir da decisão judicial que se desdobra o contraditório. Logo, quer por atos processuais de natureza defensiva, quer por mecanismos recursais ou por ações autônomas de impugnação, a discussão pode prosseguir a partir dos motivos, presentes ou ausentes, em atos decisórios proferidos no curso do processo.

Isto pode ser visto mais claramente ao se retornar à ideia de que tanto as demandas como os recursos são iniciados por atos postulatórios.

Bruno Silveira de Oliveira elucida a natureza argumentativa dos atos postulatórios, quando afirma que o conteúdo destes busca um pronunciamento decisório ao apresentar razões que subsidiem a vontade subjetiva externada. Almeja-se com isto, por meio de uma argumentação racional, convencer o órgão jurisdicional no sentido de uma decisão favorável. A própria estrutura lógica dos atos postulatórios argumentativos, abstratamente considerados, além de demonstrar os sujeitos envolvidos no debate (elementos subjetivos da demanda e do recurso), leva ao discurso processual o pedido e a causa que o fundamenta e o delimita (elementos objetivos da demanda e do recurso). Realizada a postulação, pelo exame em concreto do ato, retira-se seu conteúdo, demarcando-se a pretensão levantada. Assim, afere-se também a finalidade específica do ato postulatório argumentativo (seja instaurar um processo, seja reformar ou anular uma decisão), a qual, no momento, é irrelevante à pesquisa. O certo é que, em regra, o ato postulatório argumentativo tem como finalidade conferir uma posição de vantagem

⁵³⁰ LEAL, 2002, p. 105-107.

ao seu praticante, por meio da comunicação do seu conteúdo. Aliás, esse é o fator de comunhão dos atos postulatórios argumentativos, apontado pelo autor em referência. Tais atos processuais são meios necessários à compreensão da pretensão de seu praticante, arrazoando o significado das condutas individuais concretizadas. Eles veiculam ao juiz e à outra parte o que se pede, bem como a causa disto ser devido. O pedido e a causa, dotados então de sentido concreto, integram a pretensão a ser discutida, de modo argumentativo, no curso do processo⁵³¹.

Nesse cenário o contraditório surge como elemento destinado a aumentar a segurança e evitar arbitrariedades, afastando decisões surpresa ou juízos de terceira via, ao tempo em que garante a influência dos postulantes na tomada de decisão⁵³².

Cotejando isto ao que foi dito alhures, os atos postulatórios argumentativos comunicam aos demais sujeitos processuais as razões do comportamento de seu praticante, transformando-as em razões de discussão. Tais razões de discussão transformam-se em questões (de fato e de direito, material e processual; de admissibilidade ou de mérito, etc.), as quais serão debatidas. De tal debate em contraditório acerca das razões de discussão o órgão julgador irá retirar as razões de sua decisão, as quais deverão constar na fundamentação de seu pronunciamento⁵³³.

Esta forma de ver o curso do processo é simplificada, não traduzindo com fidelidade a ampla troca de argumentos realizada por meio de diversas oportunidades de manifestação apresentadas aos sujeitos do processo. As idas e vindas de razões são bem mais dinâmicas ao longo do processo por força, por exemplo, da réplica, da tréplica, de intervenção de terceiros, do surgimento de fatos novos, de decisões interlocutórias⁵³⁴. Ademais, os atos processuais, comissivos ou omissivos, tendem a gerar reflexos nos comportamentos futuros de cada sujeito processual⁵³⁵. Todavia, a percepção antes exposta já é bastante útil, sendo, por si só, suficiente à explicação aqui proposta.

Nessa sucessão de razões carreadas aos autos pelos atos dos sujeitos do processo a argumentação processual assume feições intersubjetiva, plural,

⁵³¹ SILVEIRA DE OLIVEIRA, 2011, p. 29-237 *passim*.

⁵³² *Ibidem*, 2011, p. 148-149.

⁵³³ Trata-se do emprego dos ensinamentos de Carnelutti, conforme o exposto no item 6.2.1.

⁵³⁴ Pontua-se a importância do sistema de preclusões para o contingenciamento de tais idas e vindas de razões, bem como para a movimentação da marcha processual. Cf. DIDIER JR., 2013, p. 327-340.

⁵³⁵ CABRAL, 2010a, p. 103-173.

dialógica, participativa e racional, o que proporciona meio e resultados legítimos, ou seja, racionalmente aceitáveis. Isso faz com que a carga argumentativa circule entre as partes e o juiz, variando conforme a posição jurídica por eles assumida, mas sempre os constringendo a uma interação pautada pela racionalidade argumentativa⁵³⁶.

7.5 RELAÇÃO COMUNICACIONAL

Mais uma vez, observando-se o processo de forma macro e dinâmica, os atos nele praticados carregam razões destinadas a influenciar, reflexivamente, os atos futuros de cada um dos sujeitos envolvidos no discurso⁵³⁷. Estes, ao se manifestarem nos autos, comunicam-se a partir das razões alegadas. Assim os atos processuais são interpretados comunicativamente no discurso como razões para suportar as diversas situações jurídicas que surgem.

Aponta-se aqui a necessidade de se aceitar o processo como ambiente no qual se realiza a comunicação intersubjetiva entre todos os seus participantes, de modo que as condutas praticadas, ainda que por vezes versem sobre interesses privados, têm relevância pública. A finalidade natural do processo já é a de satisfazer, concomitantemente, interesses públicos e privados⁵³⁸. Mas, os reflexos dessa mistura de interesses são mais amplos. Tanto o itinerário, quanto o resultado do processo, interessam não só ao público que dialoga no seu interior, mas também se comunicam com o público que lhe é externo⁵³⁹.

Calmon de Passos afirma que “o direito, enquanto uma das formas de emprestar sentido e significação ao agir do homem, precisa ser analisado do ponto de vista da comunicação humana, donde ineliminável a dimensão intersubjetiva e linguística de sua produção.” Assevera ainda que os procedimentalistas, fundados na ideia de *status activus processualis*, aclararam o direito fundamental à

⁵³⁶ CABRAL, 2010a, *passim*.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 103-158 *passim*.

⁵³⁸ Neste sentido, Moacyr Amaral Santos esclarece que o processo além de ter satisfazer o interesse público, atuando o direito objetivo ao caso concreto, atende a direitos individuais, ao servir a proteção destes. Ver: _____. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 44.

⁵³⁹ Tal conclusão já restava evidenciada ao se tratar das funções da fundamentação das decisões. Cf. itens 6.3.1, 6.4 e 6.4.1.

participação ativa por meio do procedimento, sendo este o caminho pelo qual é possível buscar o equilíbrio nas relações entre os sujeitos, sejam eles de natureza pública ou privada. Diante de tal cenário, o devido processo constitucional exsurge como mecanismo de adequação do direito às situações de conflito delimitadas⁵⁴⁰.

A ideia em tela se clarifica ainda mais com a exposição da concepção de Medina e Wambier, os quais enxergam o processo como um sistema interacional que “se desenvolve através da influência mútua entre as partes e o órgão jurisdicional”. Portanto, este deve ser definido como uma estrutura dialética, na qual o princípio do contraditório desempenha um papel contundente. A interação entre os sujeitos processuais revela uma comunicação cuja qualidade depende das “condições de compreenderem e de serem compreendidos”, conferida mutuamente pelos envolvidos no debate. O próprio conhecimento do juiz requer que este ouça e entenda as partes, para que possa se manifestar adequadamente, de modo a ser entendido. Portanto, o processo consiste numa relação jurídica complexa e dinâmica, na qual os atos praticados se desenvolvem de modo “circular” e bidirecional, pois aos atos judiciais podem suceder comportamentos das partes, que lhe são contrários, exigindo-se novos atos judiciais [...], e assim sucessivamente”. De tal maneira, percebe-se que “o comportamento de cada um dos sujeitos afeta e é afetado pelo comportamento dos outros”⁵⁴¹.

Fraçois Ost também considera a comunicação interna e externa proporcionada pelo processo. Ao tratar da sua visão ideal de juiz no direito contemporâneo (o qual apelida de Juiz Hermes), o autor aponta a atividade jurisdicional como responsável pela adequada comunicação entre a pluralidade de atores jurídicos existentes na sociedade. Assim, seria possível mediar a interação entre os diversos níveis de poder e as múltiplas funções assumidas pela linguagem do direito. Assevera que o caminho procedimental, enlaçado aos direitos fundamentais, deve servir de espaço público para o debate democrático, canalizando a circulação incessante de sentidos, dispersa na rede de informações e entendimentos acerca do jurídico, rumo a um resultado justo. Em tal contexto, o processo serve para constranger a complexa sociedade atual ao diálogo racional, por meio da verbalização de pretensões e da justificação de comportamentos. As

⁵⁴⁰ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processos legal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 102, p. 55-67, abr./jun. 2001.

⁵⁴¹ MEDINA; WAMBIER, 2011, p. 50-56 *passim*.

formas procedimentais funcionam como condições de discussão, destinadas a libertar os participantes de coações, o que garante a polifonia e a dialética, necessárias à legitimidade do discurso jurídico⁵⁴².

Mas, sob a ótica de Dierle Nunes, com amplo respaldo na obra de Habermas, para que o processo jurisdicional possa ser encarado como espaço público no qual os “[...] fluxos comunicativos são fomentados, filtrados e sintetizados, de modo a se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos, corporificando uma estrutura comunicacional do agir orientado ao entendimento [...]”, este precisa estar regulado pelas garantias mínimas do modelo constitucional de processo (aqui entendido como devido processo legal). Assim balizado, o processo estabelece os limites da atuação dos sujeitos processuais, constituindo-se como “condição de possibilidade” para que a discussão gere argumentos que repercutam na formação da decisão adequada ao caso concreto. A interdependência entre os sujeitos processuais, assegurada pela natureza deontológica do contraditório como garantia de influência, torna irrefutável a devida fundamentação racional dos argumentos produzidos e construídos no discurso processual. De tal modo, é possível mitigar opiniões estratégicas (“persuasivas e autoritárias”), primando pelos argumentos que, devidamente debatidos, serão empregados na fundamentação da decisão, proporcionando a adequada correção normativa no caso concreto⁵⁴³.

Isto faz com que, a comunicação endoprocessual se dê por um diálogo intersubjetivo, no qual cada ato praticado carrega as razões do seu emissor. Inclusive o órgão judicial, que não é um contraditor, ou seja, que não é um contra-interessado, a partir da feição dialética do discurso processual ora em espeque, precisa assumir sua natureza de sujeito participante do diálogo procedimental institucionalizado⁵⁴⁴.

Ademais, a incidência do contraditório ao longo do processo opera uma “dialética de mútua implicação e estímulo”, na qual as razões apresentadas exercem influência mútua e reflexiva nas condutas intersubjetivas⁵⁴⁵. Tal concepção destaca a

⁵⁴² OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. In: **Doxa**, v. 14, p. 169-194, 1993. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2012, *passim*.

⁵⁴³ NUNES, 2012, p. 211-239 *passim*.

⁵⁴⁴ Mais uma vez chama-se atenção para a relevância do sistema de preclusões, o qual direciona a comunicação intersubjetiva rumo ao ato final do processo. Cf. DIDIER JR., 2013, p. 327-340 *passim*.

⁵⁴⁵ CABRAL, 2010a, p. 103-173.

importância da intersubjetividade na formação das decisões estatais pela via do processo jurisdicional.

Logo, ao atuarem, o magistrado, as partes, bem como outros sujeitos interessados envolvidos no debate processual, devem apresentar, fundamentadamente, as razões que lhes orientam. Isto se mostra imprescindível, pois os motivos apresentados por um sujeito acabam integrando as razões dos demais debatedores. Ainda que nem sempre tais razões estabeleçam ou ampliem o objeto litigioso do processo (mérito) a ser enfrentado no dispositivo da decisão judicial, estas são responsáveis por formatar questões a serem revolidas de modo incidental, seja na fundamentação de sentença no mesmo processo ou em decisão proferida em processo autônomo.

Não importam ao processo apenas os argumentos carreados aos autos pelo autor, por meio do pedido e da causa de pedir. Estes se destacam quanto ao mérito, o objeto litigioso do processo. Mas no curso do processo muito mais se discute. Assim, outros dados acabam integrando as razões de agir dos diversos sujeitos envolvidos, tornando-se objeto de cognição e debate no processo. Ao longo do itinerário processual cada um dos argumentos levantados deve ser enfrentado, fundamentadamente, sob o diálogo em contraditório. E isto é irrefutável, pois, como já dito, as ações de um sujeito acabam influenciando os atos dos demais⁵⁴⁶.

Deve ficar claro que todas as decisões precisam ser construídas de forma participada, comunicativamente. Isto se aplica, seja no tocante às decisões proferidas antecipadamente, seja às prolatadas no momento da sentença, ou ainda às posteriormente exaradas, via ações autônomas de impugnação ou por recursos. O mesmo vale para a matéria discutida, quer se trate de questão de natureza prévia ou de mérito, quer de fato ou de direito, estas precisam se firmar via diálogo processual.

Afasta-se, de tal modo, o solipsismo de concepções acerca do caso concreto em análise, favorecendo-se a pluralidade de visões de mundo (inclusive do mundo jurídico), mediante a salvaguarda das condições de comunicação intersubjetiva no interior da instância processual.

⁵⁴⁶ CABRAL, 2010a, 103-158 *passim*.

7.6 RELAÇÕES AXIOLÓGICAS E TELEOLÓGICAS

Segundo Miguel Reale, o Direito se caracteriza por uma estrutura tridimensional que envolve uma interação dialética e dinâmica entre aspectos normativos, fáticos e axiológicos. Assim, as normas jurídicas expressam a relação de recíproca exigência e implicação entre fatos e valores subjacentes. Portanto, há uma indiscutível correlação entre fato, valor e norma⁵⁴⁷.

Entende-se que tal concepção, guardadas certas especificidades irrelevantes à pesquisa, se coaduna com a proposta de Habermas de co-originalidade entre Direito e Moral⁵⁴⁸.

Portanto, não há como negar a existência de conflitos axiológicos no momento da aplicação da norma jurídica. A mesma assertiva se aplica em relação ao aspecto teleológico, uma vez que os valores e fins de um sistema de direitos estão intimamente entrelaçados, inclusive pelo aspecto cultural, ínsito ao campo jurídico⁵⁴⁹.

Pois bem, como já foi dito o nexo entre o contraditório e a fundamentação acaba por aliviar as tensões permanentes notadas no tocante a valores como a segurança jurídica, que propugna a previsibilidade das expectativas de conduta; em oposição à justiça, representada pela pretensão de decisões corretas⁵⁵⁰.

Mas, há casos específicos em que a segurança e a justiça proporcionadas pelo contraditório e pela fundamentação das decisões são periclitadas por valores como celeridade, economia e eficiência. Mais do que adentrar nas singularidades de tais hipóteses, o que se pretende aqui é fazer a ressalva que, jamais, a obliteração dos direitos em epígrafe é permitida. O próprio sistema jurídico prevê hipóteses, excepcionais, nas quais o contraditório é relegado a momento posterior, sendo aplicado na modalidade diferida⁵⁵¹. Da mesma forma, o direito à fundamentação das decisões permite a concisão, e até a motivação por referência (*per relationem*), em casos singularmente previstos em lei⁵⁵².

⁵⁴⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 64-68.

⁵⁴⁸ Cf. item 2.4.

⁵⁴⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, 2006, *passim*.

⁵⁵⁰ Com suporte nas lições de Habermas, a referida tensão já foi tratada neste trabalho. Cf. item 6.4.

⁵⁵¹ Cf. item 5.4.

⁵⁵² Cf. itens 6.2.2 e 6.5.

O crucial de tais afirmações é constatar que permanece imperativo o diálogo entre todos os sujeitos processuais e a justificação de suas condutas. Tal aspecto colaborativo, comunicativo e participativo não sofre alteração, ainda que se esteja diante de norma que atenua a abrangência do contraditório ou da fundamentação das decisões judiciais.

Do contrário, surge o risco da redução da normatividade do direito às contingências éticas ou utilitárias de um grupo, seja este minoria ou maioria, determinando a aplicação do direito por critério de preferência⁵⁵³. O contraditório, conjugado com a fundamentação das decisões, garante o pluralismo de valores e fins, a partir do diálogo institucionalizado, o qual deve ser balizado por normas processuais que assegurem as condições de comunicação intersubjetiva e racional no espaço do processo. Assim, é possível adequar o caráter axiológico e teleológico das normas jurídicas aos parâmetros deontológicos, necessários a um processo e uma decisão justos, legítimos, racionais e democráticos.

A relação entre os princípios em foco proporciona um juízo de equidade (equilíbrio) na conclusão da questão levantada perante o órgão jurisdicional. Mas não se trata aqui de ponderação de metas, fins, valores ou bens. Estes, como dito, carregam ao debate razões de natureza teleológica e axiológica. O que se defende é o primado do caráter deontológico dos direitos ao contraditório e à fundamentação das decisões como critérios normativos de adequação da aplicação da norma jurídica diante de uma situação concreta. Esta correção normativa aplicada ao caso singular, amparada por regras processuais (procedimentais) alivia o juiz do peso de afirmar, solitariamente, o comportamento devido em determinada hipótese⁵⁵⁴. Do mesmo modo, resguarda a parte que se encontra em situação de desvantagem de eventuais ilicitudes (má-fé, deslealdade, abuso de direito, conluio, prevaricação, corrupção) por parte dos demais sujeitos. Ainda, garante a ambas as partes que a resolução do caso não se pautará por critérios arbitrários, paternalistas, subjetivos, ou por qualquer particularismo advindo das pré-compreensões do julgador.

Em vista disso, sem olvidar a premência deontológica dos direitos fundamentais em espeque, é possível afirmar que o nexos entre contraditório e a fundamentação possui uma faceta axiológica que envolve valores como liberdade, igualdade, segurança e justiça, os quais são irradiados por todo o sistema de

⁵⁵³ MALAQUIAS, 2010, p. 153-154.

⁵⁵⁴ HABERMAS, 2010, p. 274-276.

direitos. Já, por uma senda teleológica, a conexão em questão tem como finalidade promover o controle do poder, a transparência, a participação, o diálogo, a cooperação, bem como a adequação normativa de cada caso concreto a partir de uma argumentação procedimentalizada capaz de gerar resultados racionalmente aceitáveis. Afinal, a legitimidade democrática é vista aqui como a finalidade precípua do agir estatal num Estado Democrático de Direito.

7.7 RELAÇÃO DEMOCRÁTICA

De início, é interessante anotar que o sistema processual civil precisa estar em conformidade com os ditames constitucionais. Isto implica em uma adequação de certos instrumentos processuais, bem como do próprio processo, ao modelo traçado pelo devido processo legal.

Mas não é só. A natureza deontológica da norma constitucional que constitui o Brasil como Estado Democrático de Direito requer que a noção de democracia se faça presente em todos os momentos de atuação das funções estatais. Há uma obrigação de comportamento democrático imposta ao Estado que reflete não apenas nos seus fins, mas também nos seus meios de agir.

A relevância democrática do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais enquanto direitos fundamentais processuais e elementos do modelo constitucional de processo (devido processo legal) já foi amplamente demonstrada nesta pesquisa⁵⁵⁵. Em recapitulação ligeira, cumpre mencionar que ambos promovem a ideia de democracia ao permitirem o controle do poder Estatal; ao favorecerem o pluralismo de concepções de vida; ao incluírem os cidadãos no processo decisórios por meio de uma participação ativa pela via procedimental; bem como pela conservação das condições de diálogo necessárias ao processo democrático⁵⁵⁶.

É interessante anotar a percepção de Marinoni quanto à relação ora em tela. Ao tratar do processo civil, o autor em questão não descarta de concluir que a legitimidade democrática deve permear a atuação da função jurisdicional estatal.

⁵⁵⁵ Cf. inteiro teor do item 2, além dos itens 3.4.2 e 3.5.

⁵⁵⁶ Em sentido similar: CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil**: uma visão crítica. Curitiba: Juruá, 2002, p. 114-117. Norma e processo na crença democrática. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 110, p. 325-349, abr./jun. 2003.

Destaca que a decisão judicial não deve se respaldar apenas pela sua força coercitiva, mas também pela sua aceitabilidade racional⁵⁵⁷. Para tanto, a legitimidade da jurisdição imbrica-se com a garantia dos direitos fundamentais e da ordem constitucional. Isto reflete na necessidade de assegurar a legitimidade do processo jurisdicional e da decisão judicial. Partindo da concepção discursiva de democracia participativa⁵⁵⁸ destaca que a jurisdição deve atentar à legitimidade pela participação no procedimento, à legitimidade do procedimento e à legitimidade da decisão judicial. Assim, esclarece que o processo precisa se enquadrar como um procedimento legítimo, participativo e adequado aos direitos fundamentais, orientando-se pelo devido processo legal, destacando a importância do contraditório em tal objetivo. Já no tocante à decisão judicial, esta necessita da aceitabilidade racional, devendo ser proferida em conformidade com algum padrão de justiça ou correção, construído de modo argumentativo⁵⁵⁹.

Entrementes, destaca que a participação necessária à legitimidade democrática da decisão judicial não é alcançada apenas pelo contraditório. Apesar da relevância deste, o direito à fundamentação das decisões também se apresenta como elemento inarredável ao desiderato em comento. Sobre o tema, vale reproduzir as palavras do autor, no seguinte trecho, o qual, ainda que extenso, é intocavelmente preciso:

Embora a sua base esteja no princípio político da participação, entende-se que o mecanismo técnico jurídico capaz de expressar o direito de alguém participar de um processo que o afeta em sua esfera jurídica é o do contraditório, presente na Constituição Federal na qualidade de direito fundamental (art. 5.º, LV, CF).

Mas o contraditório, como mecanismo que garante a possibilidade de participação das partes, ainda que mediante alegações provas, etc., não é suficiente para garantir a legitimidade do processo jurisdicional. Para tanto, além da imprescindibilidade da publicidade dos atos do juiz, tem a vital importância a fundamentação das suas decisões [...].

Note-se que, diante de tudo isso, é ainda possível dizer que o processo é legitimado pela participação, desde que se elimine a coincidência da participação no processo com o contraditório. Em tal perspectiva é preciso atribuir à participação um raio amplo, que englobe a publicidade dos atos jurisdicionais e a sua devida fundamentação. Se o direito de participar não é só o direito de influir sobre o convencimento do juiz, mas também o direito

⁵⁵⁷ É interessante ressaltar que Marinoni concorda apenas em parte com os argumentos de Habermas. Por exemplo, há harmonia acerca da necessária legitimidade da decisão judicial, a qual precisa ser racionalmente aceitável. No entanto, preteri a vertente procedimentalista do citado autor alemão ao tomar partido da linha substancialista, argumentando a necessidade de um conteúdo material de justiça nas decisões. Ver: MARINONI, 2008, p. 396-449 *passim*. Sobre a aceitabilidade racional da decisão judicial cf. item 6.4. Já, no que tange ao debate entre procedimentalistas e substancialista, consultar: SANTOS JUNIOR, 2011.

⁵⁵⁸ Cf. item 2.3.

⁵⁵⁹ MARINONI, *op. cit.*, p. 396-449 *passim*.

de estar junto a ele ou de estar cuidando para que a atividade jurisdicional não seja arbitrária, é evidente que a participação requer a publicidade e a fundamentação, especialmente a fundamentação das decisões que consideram a lei diante dos direitos fundamentais.

Nesse sentido é possível dizer que o processo requer um procedimento aberto à participação. Ou que o processo é o procedimento em contraditório que não dispensa a publicidade e a argumentação explicitada através da fundamentação. Apenas esta forma de participação é capaz de legitimar o processo.⁵⁶⁰

Tal passagem demonstra como o nexo entre o contraditório e a fundamentação da decisão acaba norteando a concepção de processo jurisdicional civil adequado ao Estado Democrático de Direito. O caráter participativo conferido ao processo civil a partir do enlace entre os direitos fundamentais em foco o torna condizente com o ideal democrático vigente.

Portanto, a ampla participação no espaço público processual se traduz no envolvimento de cidadãos ativos, proporcionando o “redimensionamento constitucional da atividade processual e do processo”. Desta forma, resguardam-se o debate público e os direitos fundamentais a partir de um processo jurisdicional baseado numa “estrutura dialógica de formação de provimentos constitucionalmente adequados”⁵⁶¹.

Tal modelo de processo, de viés participativo e dialógico, é ideal para o âmbito de sociedades pluralistas, uma vez que, além de proteger os direitos individuais, concretiza os direitos fundamentais, “numa perspectiva inclusiva, emancipatória e evolutiva”⁵⁶².

Por um caminho semelhante parece trilhar o entendimento de Zaneti Jr. Ao tratar da ideia de processo constitucional, frisa como principais valores subjacentes a este a efetividade, a segurança jurídica e a democracia. Esta última é espelhada por um procedimento realizado em contraditório, controlável pela sociedade a partir da fundamentação da decisão judicial⁵⁶³. Afirma a necessidade de um processo civil cooperativo, pautado por um modelo procedimental deliberativo, no qual a participação dos sujeitos processuais, orientada pelo contraditório, possa formar decisões passíveis de justificação e aceitação racionais⁵⁶⁴.

⁵⁶⁰ MARINONI, 2008, p. 405-409.

⁵⁶¹ NUNES, 2012, p. 260.

⁵⁶² DANTAS, 2007, p. 730-731.

⁵⁶³ ZANETI JUNIOR, 2007, p. 183-184, 193.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 61, 126, 149.

Por tal via, é difícil não chegar a um modelo cooperativo de processo, caracterizado pelo diálogo, instado tanto pelo contraditório, como pela fundamentação das decisões. Repetindo as palavras de Didier Jr., “eis o modelo de direito processual civil adequado à cláusula do devido processo legal e ao regime democrático.”⁵⁶⁵

7.8 RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIDADE

Diante das diversas perspectivas examinadas acerca da relação entre contraditório e a fundamentação das decisões é possível chegar à conclusão de ambos acabam exigindo-se e implicando-se reciprocamente no curso do processo. Vale até dizer que entre eles há uma verdadeira relação de complementaridade ou de imbricamento⁵⁶⁶. Um não pode ser plenamente assegurado sem o outro. A efetividade do primeiro garante a do segundo, sendo também válida a afirmação na ordem inversa.

Ora, não se poderia pensar diferentemente, uma vez que um é necessário à demonstração da efetividade do outro (relação de demonstração). Ainda, seus significados e práticas se entrecruzam (relações semânticas e pragmáticas), proporcionando as bases argumentativas (relação argumentativa) para a comunicação interna ao processo (relação comunicacional), assegurando a adequada correção normativa, sem ignorar os elementos subjacentes ao âmbito jurídico (relações axiológica, teleológica e democrática). Acabam demandando um ao outro para que seja possível um processo e uma decisão respaldados pela legitimidade democrática.

Assim, o contraditório é completado pela fundamentação das decisões, uma vez que, a princípio, é nesta última que se encerra o diálogo processual. Entrementes, a fundamentação da decisão pode findar apenas uma etapa da discussão, ou seja, somente um ciclo do contraditório. De tal modo, a própria decisão que finaliza o contraditório, permite o prolongamento do diálogo (decorrente da eventual interposição de recurso), e até a rediscussão de um tema (a partir de

⁵⁶⁵ DIDIER JR., 2011.

⁵⁶⁶ A expressão “relação de imbricamento” é tomada em empréstimo de Humberto Ávila, que a utiliza ao tratar da força normativa dos princípios, quando clarifica a existência de distinções de função, de nível e de eficácia entre as normas da espécie princípio. Cf. ÁVILA, 2011, p. 124-125.

ações autônomas de impugnação, como na hipótese de ação rescisória). Nota-se, que a fundamentação das decisões é ponto de chegada, mas também é ponto de partida do diálogo em contraditório. Lá se reúnem, dialeticamente, as razões da pretensão autoral, da defesa, e do juízo. E é ali, ademais, que são encontradas novas razões para a insistência ou aprofundamento no debate sobre determinadas questões enfrentadas na decisão, ou razões para a deliberação acerca de argumentos levantados no curso do debate, mas não considerados no momento decisório.

Ainda, nota-se que o contraditório proporciona o dever de debate do juiz para com as partes e, ao mesmo tempo, o direito de influência das partes em relação ao juiz⁵⁶⁷. Ambas as posições requerem atos jurídicos fundamentados para que os argumentos de cada sujeito possam ser considerados na formação da norma produzida ao cabo do processo⁵⁶⁸.

Por esse caminho, a oportunidade de falar e a certeza de ser ouvido, inerentes à colaboração e ao diálogo no campo processual, coligam-se em prol da argumentação racional, da comunicação intersubjetiva e da democracia deliberativa. Antonio do Passo Cabral deixa clara tal associação ao afirmar que a fundamentação das decisões judiciais proporciona uma participação inclusiva dos sujeitos parciais. Para ele, a justificativa das razões para a prática dos atos processuais funde o direito de se expressar com o dever de consideração, unindo-os no interior do debate processual, destinado à produção da decisão estatal⁵⁶⁹.

Portanto, não há como negar que a plenitude de um implica asseguarção do outro; que a compreensão do contraditório se enlaça na da fundamentação das decisões; que o resultado daquele se completa com este. São conectados, de tal feita, por uma relação de complementaridade, ineliminável diante do paradigma do Estado de Direito constitucional e democrático.

A conexão ora em pauta alcança as mais variadas condutas praticáveis no curso do processo em razão da imbricação de tais direitos fundamentais processuais⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ DIDIER JR.; ZANETI JR., 2008, p. 72.

⁵⁶⁸ Para uma visão do processo jurisdicional como método de produção de norma jurídica, cf. DIDIER JR., 2013, p. 122.

⁵⁶⁹ CABRAL, 2010a, p. 191.

⁵⁷⁰ Cf. itens 4.2, 5.2, 5.3 e 6.

Tal conclusão pode ser obtida partir dos ensinamentos de Humberto Ávila. Afinal, existe entre os direitos ora em foco (bem como entre as condutas por eles enfeixadas) uma conexão de sentidos, uma relação de dependência, uma combinação de normas. Nota-se uma coerência substancial entre ambos, decorrente da dependência recíproca que apresentam, mas, principalmente, pelo elevado grau de elementos comuns, quer de natureza semântica (ou seja, conceitualmente), quer no campo da pragmática (no tocante às condutas processuais). Tal coerência substancial funda-se, ademais, na justificação recíproca entre o contraditório e a fundamentação das decisões, de modo que “o primeiro elemento pertence a uma premissa da qual o segundo elemento decorre logicamente”, e, concomitantemente, o segundo pertence a uma premissa do primeiro. Isto é perceptível nas três formas de justificação recíproca apresentadas por Ávila, ou seja, na justificação empírica, em que um é condição fática para o outro; na justificação analítica, na qual um é condição conceitual para o outro; e na justificação normativa, em que a linha argumentativa de ambos pode ser combinada⁵⁷¹.

Na mesma toada do que aqui se propugna, Ronaldo Dias afirma que o contraditório e a fundamentação das decisões “unem-se inseparavelmente”, como se fossem “irmãos siameses”, num “inegável entrelaçamento”. Esta conexão atua diretamente na dinâmica argumentativa fática e jurídica do procedimento, propiciando a formação democrática de uma decisão jurisdicional participada⁵⁷². Avança, alertando que a violação de um destes princípios repercute diretamente no outro, uma vez que são “indissociáveis e co-dependentes”. A supressão do contraditório, por exemplo, acarreta uma decisão judicial viciada, construída individualmente pelo magistrado. Em casos como este, ainda que o ato processual decisório apresente razões no seu elemento motivacional, o pronunciamento em pauta será recebido como decisão que surpreende às partes. Afinal, os argumentos levantados por elas durante a discussão acerca das questões do processo foram ignorados. Nota-se, portanto, que da ofensa ao princípio do contraditório se chega ao desrespeito ao princípio da fundamentação das decisões⁵⁷³.

⁵⁷¹ ÁVILA, 2011, 136-145. Ainda, para aclarar as afirmações do parágrafo supra referenciado, cf. itens 7.3 e 7.4.

⁵⁷² DIAS, 2010, p. 132-135.

⁵⁷³ DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho; FIORATTO, Débora Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do estado democrático de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito–PUC Minas Serro**, n. 1, p. 112-138, 2010, *passim*.

A interconectividade dos direitos em pauta no interior do processo pode ser confirmada pelas constatações de Hermes Zaneti Junior, quando este trata da relação biunívoca entre a racionalidade prática procedimental, a qual permite a formação da decisão no itinerário discursivo e o diálogo em contraditório. O referido autor afirma que ao mesmo tempo em que a racionalidade prática procedimental requer a dialeticidade proporcionada pelo contraditório, este se realiza ao longo da lógica procedimental⁵⁷⁴. Assim, respeitando-se o direito de participação e influência, bem como o dever de debate, ambos decorrentes do contraditório, se pode alcançar uma decisão judicial que não surpreenda as partes, evitando-se juízos de terceira via⁵⁷⁵. Portanto, a decisão judicial precisa do contraditório para sua formação legítima, ao passo que o contraditório só se efetiva com a consideração, no momento decisório, dos argumentos previamente debatidos entre os principais sujeitos processuais. Em paráfrase ao citado autor, quando o mesmo trata da relação entre o direito material e o direito processual, assevera-se aqui que o contraditório serve à fundamentação da decisão e, por sua vez, é servido por ela⁵⁷⁶.

O acerto das afirmações acima se constata com o resgate da visualização macro e dinâmica do discurso processual. Ao passo que os argumentos vão sendo introduzidos no curso do debate em contraditório, as razões levantadas por cada sujeito tem o objetivo de influenciar os atos dos demais envolvidos, fazendo do processo um espaço de comunicação intersubjetiva. E é desta argumentação e contra-argumentação que são extraídas as razões de decidir, as quais devem vir expressas na fundamentação. A justificação da decisão judicial requer que na motivação haja dados que convençam as partes, os tribunais hierarquicamente superiores, a comunidade de especialistas, bem como a sociedade em geral do acerto do ato decisório. Tais dados são construídos em conjunto ao longo do diálogo em contraditório e, posteriormente, são inseridos na fundamentação da decisão sob a forma das razões da decisão, a fim de fornecer elementos que justifiquem, racionalmente, o provimento emanado pelo órgão jurisdicional. Portanto, nota-se uma relação simbiótica, na qual o contraditório e a fundamentação das decisões completam um ao outro.

⁵⁷⁴ ZANETI JUNIOR, 2007, p. 197.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 196-199.

⁵⁷⁶ No original: “No Estado Democrático de Direito Constitucional, entende-se que a relação só pode ser dialética, de complementaridade, ou seja, uma teoria circular dos planos do direito material e do direito processual, de maneira que o direito material sirva ao processo e, por sua vez, seja servido por ele”. Cf. *Ibidem*, p. 63.

Acredita-se que tal relação exerça primazia na conformação de um processo civil constitucionalmente adequado⁵⁷⁷. O nexo entre o contraditório e a fundamentação das decisões promove a consistência e coerência da atuação processual com o sistema de direito, atendendo a legalidade e a segurança jurídica, os quais são critérios para o controle dos atos estatais proferidos ao longo do processo⁵⁷⁸. Ademais, assegura o cariz democrático do processo civil, ao implicar noções de participação e de pluralismo num contexto complexo de comunicação intersubjetiva⁵⁷⁹. De tal modo, o debate jurisdicionalizado pode se iniciar, se desenvolver e terminar em harmonia com os direitos fundamentais, sem olvidar o aspecto participativo assegurado no e pelo procedimento⁵⁸⁰. Põe-se em destaque, com isso, a perspectiva dinâmica e justa, do processo civil, tornando-o sempre atento às garantias mínimas que lhe são inerentes⁵⁸¹. O perfil dialético, paritário e cooperativo do processo acaba refletido pela conexão dos direitos em comento⁵⁸². Tal relação é responsável por tornar o processo, e as decisões nele construídas, capazes de se justificarem como corretos e adequados ao caso concreto, além de lhes imprimir uma feição racional e legítima⁵⁸³.

Os direitos ao contraditório e à fundamentação das decisões surgem como mecanismos que capacitam a dinâmica e a dialética no âmbito do processo civil. A complementaridade de ambos reflete na interação entre as razões apresentadas no curso do debate processualizado. Assim, as alegações das partes devem ser deliberadas em contraditório, ao passo que os argumentos do órgão jurisdicional exigem sua presença em atos fundamentados. Com isso, possibilita-se o controle intersubjetivo das decisões judiciais, além de ensejar a construção cooperada do provimento estatal.

O diálogo processualizado se move pelo enfrentamento racional dos argumentos postos, garantindo um processo civil democrático, de resultados legítimos, cujas decisões são talhadas pelas mãos de todos os sujeitos participantes, conforme a dinâmica das posições e situações jurídicas processuais.

⁵⁷⁷ Cf. item 2.1.

⁵⁷⁸ Cf. item 2.2.

⁵⁷⁹ Cf. item 2.3, 2.4 e 2.4.1.

⁵⁸⁰ Cf. item 3.

⁵⁸¹ Cf. item 4.

⁵⁸² Cf. item 5.

⁵⁸³ Cf. item 6.

Diante da elucidação da relação em pauta fica registrada a imperatividade de diálogo no processo civil. A seguir, serão feitas breves análises de caráter técnico, nas quais as situações abordadas servirão para ilustrar a aplicação do direito em conformidade com o perfil de processo ora tracejado. Portanto, ter-se-á como guia a manutenção da conexão entre os direitos fundamentais processuais ao contraditório e à fundamentação das decisões judiciais.

8 ALGUMAS APLICAÇÕES TÉCNICAS PERTINENTES

Neste tópico serão feitas algumas considerações de conotação técnica a fim de ilustrar situações em que a relação entre o contraditório e fundamentação das decisões deve incidir, a fim de adequar a prática da aplicação jurídica a uma noção comunicativa e cooperativa de processo, a qual se acredita ser mais apropriada ao processo civil no Estado Democrático de Direito. Assim, o almejado no presente item é destacar condutas que primem pela participação ativa, pelo diálogo intersubjetivo e pelo controle, interno e externo, do curso e do resultado do processo.

Logo, o espaço a seguir não se dedica ao enfretamento das diversas controvérsias que tocam cada um dos assuntos que serão abordados. Entende-se, inclusive, que a tarefa de reunir e cotejar com acuidade tanto conteúdo divergente não caberia em um trabalho da natureza desta pesquisa. A riqueza de discussões envolvendo os tópicos à frente é vultosa, de maneira que o aprofundamento será realizado apenas se necessário, e na medida exigida para a compreensão do objeto deste estudo. Apenas o imprescindível será posto, em cada situação debatida, para que o foco não se perca.

Diante do esclarecimento anterior, prossegue-se.

8.1 A MEDIDA LIMINAR *INAUDITA ALTERA PARTE*

Pelo que foi visto até aqui o contraditório é um dos elementos nucleares do processo, motivo pelo qual ele não pode ser obliterado do discurso processual. No entanto, a legislação prevê hipóteses nas quais é permitido ao órgão jurisdicional pronunciar-se sobre o caso na ocasião em que o processo se instaura, sem a oitiva da outra parte, ou seja, liminarmente.

Há que se destacar que a ideia de liminar refere-se apenas ao momento em que a decisão é proferida, a saber, no limiar do processo. No entanto, a questão da urgência do direito constatada em razão do perigo de seu perecimento se mostra mais sensível ao tema⁵⁸⁴. Essa é a razão pela qual, a atenção será focada sobre as

⁵⁸⁴ Logo, não se tratará do julgamento liminar de mérito, tampouco da tutela de evidência, ficando apenas a afirmação que tais medidas não ferem o contraditório, desde que a decisão judicial em questão seja devidamente fundamentada. Sobre o tema: DIDIER JR, 2013, p. 507-519.

tutelas de urgência, mesmo se tendo ciência de que medidas liminares não significam a mesma coisa que provimentos antecipatórios, nem cautelares⁵⁸⁵.

Adentrar nas minúcias que diferenciam as modalidades de tutela de urgência extrapolaria o objeto deste estudo. Portanto, para o exame ora em pauta, bastará a explicação que o provimento cautelar não agrega nada ao patrimônio do autor, servido apenas para assegurar algo diante de uma situação de risco; a antecipação de tutela por sua vez agrega ao patrimônio autoral aquilo que ele somente obteria ao cabo do processo. Ambos necessitam de evidência para a sua concessão, variando o nível de plausibilidade conforme a hipótese. São concedidos por decisão de natureza precária, a ser confirmada ou rejeitada a qualquer momento. Ademais, não escapam do preenchimento de requisitos legalmente previstos para cada situação. Por fim, podem ser concedidas em momento liminar, ou em momento posterior, quando já se ouviu a outra parte⁵⁸⁶. Basta o entendimento de que elas, por decorrência de eventual situação de perigo e da plausibilidade do direito, constatada mediante prova, bem como por decorrência do texto legal, permitem o atendimento de pretensão autoral em momento anterior ao da sentença definitiva, antes da outra parte ser ouvida, ou seja, liminarmente⁵⁸⁷. O foco é sobre a concessão de provimento jurisdicional, por medida liminar, sem o contraditório prévio⁵⁸⁸.

Assim, retoma-se a afirmação que com base no princípio constitucional de acesso à justiça⁵⁸⁹ (também denominado de princípio da inafastabilidade da tutela ou controle jurisdicional), diante de perigo provocado pelas circunstâncias do caso, fica garantida a concessão de tutelas de urgência, proferidas em momento liminar, *inaudita altera parte*, ou seja, sem audiência prévia à outra parte.

Constata-se que, apesar da natureza essencialmente dialética do processo, a lei prevê, excepcionalmente, o atendimento imediato de pretensão autoral, procrastinando a oportunidade de participação da contraparte. Desse modo, se

⁵⁸⁵ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares.** [s.d.] Disponível em: <
<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio%20-formatado.pdf>
 >. Acesso em 15 fev. 2013.

⁵⁸⁶ *Ibidem*.

⁵⁸⁷ *Ibidem*.

⁵⁸⁸ Cabe salientar que o projeto do Novo Código Processual Civil (PL nº 8046/2010) aponta para unificação de ambas as técnicas. No mais, para um aprofundamento sobre as tutelas de urgência, ressaltando apontamentos distintos, vide: LEAL, 2010, p. 154-179. MARINONI, 2008, *passim*. NUNES, 2011, p. 609-637. RODRIGUES, 2010, p. 802-836. WAMBIER; MEDINA, 2011, p. 224-228.

⁵⁸⁹ Cf. art. 5º, inc. XXXV, CF/88.

constatado o perigo da situação, mediante prova que aponte para a evidência do direito alegado e do receio de lesão, fica obrigada a concessão de liminar⁵⁹⁰.

Diante de tais condições, o contraditório é modulado, incidindo apenas na modalidade diferida ou postergada⁵⁹¹. Vale observar que não há uma violação à garantia do contraditório, de modo que esta deve ser assegurada no processo, ainda que em momento posterior à concessão da medida liminar⁵⁹².

Mas não se promove a plenitude do contraditório se a possibilidade de participação e influência da contraparte ficar adstrita à esfera recursal, em caso de impugnação da medida liminar. No mesmo tom ecoam as seguintes observações de Sérgio Porto e Daniel Ustarróz ao tratarem da supressão do contraditório:

Desta forma, embora possa ser temporariamente excepcionado, em prol da realização do acesso à justiça, é fundamental preservar seu núcleo essencial, o que se dá pela adoção de medidas que minimizem a restrição ao direito fundamental, tais como: a intimação para manifestação em espaço exíguo de tempo, sobre a providência requerida, a possibilidade de retratação após as informações prestadas e, em última análise, autorização de recurso contra provimento invasivo".⁵⁹³

Assim, mesmo que haja a mitigação do contraditório prévio, este não pode ser obliterado, devendo ser concedido, o mais rápido possível, no mesmo processo em que a liminar tenha sido conferida⁵⁹⁴. E para que o contraditório seja realmente efetivado, a dialética processual precisa ser garantida. Para tanto a decisão judicial que concedeu a medida liminar precisa ser devidamente fundamentada, esclarecendo, suficientemente, as razões do convencimento do órgão jurisdicional⁵⁹⁵. Então, a partir das razões levantadas pela parte autoral, juntamente com o exame dos motivos da decisão judicial, haverá a possibilidade efetiva do contraditório, oportunizando o devido prosseguimento do discurso processual.

⁵⁹⁰ NERY JUNIOR, 2004, p. 185-188. CARLOS ALVARO; MITIDIERO, 2010, p. 41.

⁵⁹¹ CARLOS ALVARO; MITIDIERO, *loc. cit.*

⁵⁹² DIDIER JR, 2009, p. 61.

⁵⁹³ PORTO; USTARRÓZ, 2009, p. 57.

⁵⁹⁴ SANTOS, 1990, p. 76-77. BEDAQUE, 2003, p. 93.

⁵⁹⁵ Sobre o ponto cf. item 6, especialmente os itens 6.2 e 6.5.

8.2 A DELIMITAÇÃO DO OBJETO LITIGIOSO DO PROCESSO

É objeto do processo tudo que nele é discutido⁵⁹⁶. Qualquer assunto debatido no processo, ou seja, toda matéria conhecida pelo órgão jurisdicional, é objeto do processo. Logo, coincide a sua extensão com o alcance do princípio do contraditório, de modo que a motivação da sentença deverá esgotar os pontos duvidosos nele incluídos⁵⁹⁷.

No entanto, há uma parcela específica do objeto do processo sobre a qual deverá recair a parte dispositiva da sentença. Trata-se do próprio mérito da causa, denominado objeto litigioso do processo⁵⁹⁸. O objeto litigioso do processo (mérito da causa) é composto pelo pedido e pela causa de pedir. Entender somente o pedido do autor formulado na peça exordial como mérito é tentar impingir uma separação artificial entre a realidade fática, narrada na causa de pedir, a pretensão levada a juízo, e a resposta jurisdicional. Ademais, a plena identificação do pedido, imprescindível ao seu correto atendimento, depende da compreensão da causa de pedir⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶ ARRUDA ALVIM, 1990, p. 258. Logo, de início, já se elucida que o estudo ora em pauta não emprega o termo “objeto do processo” no mesmo sentido de autores como Dinamarco. Para este a expressão em comento significa o mérito da causa, a pretensão ao bem da vida exercida no processo em busca de uma tutela favorável. O “objeto de cognição do juiz no processo”, aparentemente, é o que corresponderia ao “objeto do processo”, do modo que aqui se emprega. Ver: DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, p. 20, abr. 1984. _____, 2004a, *passim*. A preferência desta pesquisa por traduzir o “mérito” em “objeto litigioso do processo” deve-se, primordialmente, pela necessidade de se estender ao campo do “objeto do processo” tudo aquilo que é nele, e a partir dele, deliberado, debatido, participado, comunicado, inclusive os pontos, controvertidos ou não, que extrapolam o conceito de mérito da causa. Afinal, não é apenas o juiz que exerce cognição durante o processo. Este é um sistema interacional de influência mútua, baseado numa estrutura dialética. Cf. MEDINA; WAMBIER, 2011, p. 53-55. Cf. item 7.5. Portanto, o “objeto”, considerado como “o termo ou o limite de determinada operação”, quando relacionado ao processo, é de conhecimento geral, variando conforme a posição subjetiva que se parta. Cf. ABBAGNANO, Nicola. Objeto. In: **Dicionário de Filosofia**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 723-725. Diferentemente, o “objeto litigioso do processo” será sempre litigioso, para todos os sujeitos, até que advenha trânsito em julgado do debate processual. Ainda, asseverando a coincidência entre “objeto do processo” e “objeto litigioso do processo”, considerando que ambos os conceitos abordam o tema a ser discutido e decidido no curso do processo: PINTO, Junior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 23.

⁵⁹⁷ Isto não significa que cada ponto deva ser contraditado, apenas quer dizer que é cabível sobre eles o diálogo, e inexistindo divergência, não há porque persistir no tema. O entendimento de tal afirmação há de passar pelo alcance e conteúdo do direito ao contraditório, conforme o inteiro teor do item 5.

⁵⁹⁸ Apesar de algumas conclusões divergentes das que são aqui apresentadas, sobre o tema remete-se ao seguinte estudo: DINAMARCO, 1984.

⁵⁹⁹ Remete-se aos apontamentos de Junior Pinto no tocante à indissociabilidade da causa de pedir e do pedido como componentes do objeto litigioso do processo. Destaca o referido autor que a causa de pedir é indispensável para o correto entendimento do pedido, uma vez que este “pode estar

A causa de pedir (*causa petendi*) é definida como conjunto de fatos e fundamentos jurídicos extraídos da pretensão do autor⁶⁰⁰. Por compor o objeto do processo, ela esclarece ao demandado conteúdo que deverá ter sua defesa, bem como delimita a extensão do provimento jurisdicional⁶⁰¹. Em suma, a causa de pedir deve ser encarada como o próprio fundamento da demanda⁶⁰², na qual o autor alega um fato que lhe agrava, apresentando o nexo entre tal circunstância e determinado efeito jurídico⁶⁰³.

Em regra, o objeto do processo é recortado pelas questões aduzidas na peça exordial do autor, destacando-se o objeto litigioso do processo. Trata-se do princípio da demanda ou da adstrição. Todavia, o mérito da causa pode ser alargado caso seja levado ao processo fato novo⁶⁰⁴. O ato postulatório praticado pelo réu pode levar à demanda a afirmação de direitos, por reconvenção ou pedido contraposto, além da afirmação de contradireitos, mediante o exercício da defesa. Assim, tanto a *causa de petendi* e o pedido, introduzidos pelo autor, quanto a *causa excipiendi* (causa da exceção) e o pedido, referentes às alegações do demandado, interessam ao mérito da causa (objeto litigioso do processo)⁶⁰⁵.

Primeiro, o demandante faz suas alegações fáticas, fundamenta-as juridicamente e formula o seu pedido⁶⁰⁶. Depois o demandado faz a sua defesa, atacando o mérito diretamente, quando nega fatos ou consequências jurídicas apontados pelo autor, ou indiretamente, ao inserir fato novo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito afirmado na peça autoral. A primeira modalidade defensiva não amplia o mérito, ao passo que, a segunda estirpe, o dilata⁶⁰⁷.

fundado em diferentes causas de pedir”. PINTO, 2007, p. 31-34. Corroboram tais ideias as críticas sobre a separação das questões de fato e de direito, como se houvesse entre elas heterogeneidade e independência: CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 162 *et seq.* LARENZ, 1997, p. p. 433-439. KNIJNIK, Danilo. Os “*standards*” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 353, p. 15-52, 2001. Ainda, cf. itens 6.2.1 e 8.4.

⁶⁰⁰ Concorde-se com Junior Alexandre Moreira Pinto quando ele afirma que no direito brasileiro vale tanto a teoria da substanciação quanto a da individualização, uma vez que o art. 282, inc. III, do CPC, em momento algum despreza o enquadramento jurídico dos fatos. Vide: PINTO, 2007, p. 167-168. Como exemplo da posição que entende que o CPC vigente adotou somente a teoria da substanciação, cf. DIDIER JR., 2013, p. 464-467.

⁶⁰¹ Aqui nota-se a relação do tema com o princípio da correlação ou da congruência, que vincula o alcance da sentença ao que for fixado pelo autor na petição inicial: PINTO, 2007, p. 65 e 167. Ainda, cf. item 8.5.

⁶⁰² MEDINA; WAMBIER, 2011, p. 175.

⁶⁰³ MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 291.

⁶⁰⁴ Cf. art. 462, CPC.

⁶⁰⁵ DIDIER JR., 2013, p. 343-347.

⁶⁰⁶ Cf. art. 282, inc. III, CPC.

⁶⁰⁷ DIDIER JR., *op. cit.*, p. 546-547.

O magistrado também influi no mérito da causa (influi, mas não o define), haja vista que pode decidir com base em fundamento jurídico diverso do formulado inicialmente, participar ativamente da instrução probatória e propor fatos novos relevantes para o julgamento da causa⁶⁰⁸. O contraditório surge como requisito de validade para o exercício de tais poderes pelo órgão judicial, de modo que qualquer dessas medidas reclama o diálogo com as partes a ser realizado em instante prévio à decisão judicial. Assim, o magistrado pode colher elementos suficientes para fundamentar adequadamente sua decisão, sem surpreender as partes com juízos de terceira via. Logo, a fixação do objeto litigioso do processo é função não só do autor, como também do réu e do juiz⁶⁰⁹.

Nesse contexto, a estabilização da demanda só pode ser realizada com base na participação cooperativa e dialógica entre as partes e o órgão judicial, submetendo o mérito da causa ao contraditório. Assim, a audiência preliminar exsurge como ponto crucial para tal medida, de maneira que, após a conjunta delimitação do objeto litigioso do processo, será possível avançar para a fase instrutória, bem como fixar os pontos sobre os quais incidirá a sentença⁶¹⁰.

Apenas com essa breve conceituação já se percebe a intimidade entre os elementos da causa de pedir e aquilo que deverá ser posto em contraditório ao longo do processo. Fica também evidente a correlação entre o tema a ser debatido no discurso processual e o conteúdo da fundamentação da sentença⁶¹¹.

Nota-se que a melhor precisão da causa de pedir auxilia diretamente na fixação dos pontos sobre os quais o contraditório deve se desdobrar ao longo do itinerário processual. O demandado, ao se defender das alegações do autor, precisa atentar aos fatos e fundamentos jurídicos carreados pela petição inicial. Da mesma forma, o provimento jurisdicional deve considerar os elementos fáticos e jurídicos levantados e debatidos no processo, sob o risco de nulidade. Afinal, se a decisão extrapola os temas expostos na causa de pedir, sem que antes tenha sido oportunizado às partes o prévio debate sobre as questões decididas, haverá uma típica decisão surpresa⁶¹².

⁶⁰⁸ Vale esclarecer que a alteração do fundamento jurídico pelo magistrado é limitada pela causa de pedir e pela causa de exceção, sob o risco de um julgamento *extra petita*. Cf. item 8.5.

⁶⁰⁹ MITIDIERO, 2009, p. 107-110.

⁶¹⁰ *ibidem*, 2009, p. 112. PINTO, 2007, p. 170.

⁶¹¹ Cf. item 8.5.

⁶¹² Cf. item 5.2.4.

O próprio acerto do objeto litigioso do processo depende da correta compreensão da causa de pedir por todos os interessados. Apenas é possível falar em diálogo processual, em adequada comunicação intersubjetiva, em colaboração, se todos os sujeitos estiverem tratando sobre o mesmo assunto. Assim, as questões processuais podem ser postas em debate, saudando o contraditório, de modo que a mútua participação trará a elucidação, ponto a ponto, daquilo que será objeto da decisão. Para tanto, a correta compreensão do objeto litigioso do processo (e, por conseguinte, da causa de pedir e do pedido) serve ao debate participativo, evitando-se juízos de terceira via.

Consequentemente, há de ser revisitado o emprego atual do adágio *iura novit curia*. Com amparo em tal brocardo permite-se que os juízes, no momento decisório, apliquem ao caso a norma jurídica que entenderem cabíveis, independentemente do dispositivo anteriormente alegado pelas partes. Compreende-se que a mencionada permissão alcança apenas o fundamento legal (ou seja, o texto legislativo), e não o fundamento jurídico (consequências jurídicas pleiteadas em decorrência da narração fática apresentada), bem como que somente este último integra a causa de pedir, não o primeiro⁶¹³. Todavia, a interpretação do aforisma ora em xeque precisa ser limitada pelo contraditório prévio e por uma decisão devidamente fundamentada que elucide o conteúdo debatido intersubjetivamente e a conclusão obtida⁶¹⁴.

A participação paritária em contraditório apta a formar um verdadeiro diálogo colaborativo no processo é imperativa no Estado Democrático de Direito. Portanto, é defeso ao juiz decidir sem antes submeter determinada questão ao contraditório. Aqui, os deveres de esclarecimento, de consulta, de prevenção e de auxílio despontam do princípio da colaboração, o qual se encontra emaranhado aos princípios do contraditório e da fundamentação das decisões⁶¹⁵.

⁶¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **A causa de pedir nas ações de responsabilidade civil, o aforisma *iuri novit curia* e o princípio do contraditório**. Disponível em: <<http://www.professordanielneves.com.br/artigos/201011151756400.causadepedir.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2013.

⁶¹⁴ Várias são as manifestações doutrinárias neste sentido. Apenas exemplificado: ALVARO DE OLIVEIRA, 1998. NUNES, 2012, p. 244-247. PINTO, 2007, p. 76-93. ZANETI JUNIOR, 2007, p. 81.

⁶¹⁵ Cf. itens 5.2.5 e 7.3.

8.3 AS QUESTÕES RECONHECÍVEIS DE OFÍCIO

Em regra, o órgão jurisdicional depende de provocação para atuar. Contudo, há questões que, em razão da sua importância, podem ser conhecidas pelo magistrado sem que haja manifestação dos sujeitos parciais do processo em tal sentido. Entretanto, a dispensa de provocação e a obrigação de dar impulso oficiosamente ao curso do processo não significam a renúncia ao debate prévio, irrefutável à validade da decisão judicial. Portanto, as questões reconhecíveis de ofício não prescindem da comunicação intersubjetiva, pelo contrário, “deve haver correspondência absoluta entre o âmbito do diálogo desenvolvido entre os sujeitos do processo e o conteúdo da decisão final”.⁶¹⁶

Por tal raciocínio, caso o órgão judicial se depare com pontos concernentes a pressupostos processuais, condições da ação ou nulidades absolutas, por exemplo, precisa contatar as partes, de início, para só depois decidir⁶¹⁷.

Aqui, proibição de decisões surpresa se revela como garantia irrefutável às partes. Logo, mesmo diante de temas arguíveis de ofício, é imperativo que o magistrado ouça os interessados antes da prolação de qualquer decisão⁶¹⁸.

Da mesma forma, a ideia de colaboração entre os sujeitos processuais requer que o juiz ponha em debate questões sobre as quais as partes não se manifestaram. É preciso que se removam os óbices ao resultado desejado pelo processo, para que as partes possam efetivamente influenciar na decisão⁶¹⁹. Principalmente, isto se verifica quanto aos pontos decisivos da causa, donde será retirada a solução da contenda posta em juízo.

A necessidade de se indicar às partes determinado pontos ainda não enfrentados também decorre de um imperativo racional. O processo se estrutura sobre a realização de atos coordenados que se conectam de forma lógica, sendo o antecedente a premissa e requisito de validade do subsequente⁶²⁰. Portanto, se um

⁶¹⁶ BEDAQUE, 2003, p. 101.

⁶¹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 39. WAMBIER, 2009.

⁶¹⁸ COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, 2006, p. 78. MITIDIERO, 2009, p. 134-140.

⁶¹⁹ BEDAQUE, *op. cit.*, p. 100.

⁶²⁰ Cf. item 4.2.

ato não foi praticado ou esgotado, prosseguir no feito equivaleria a saltar um ato, rompendo as amarras racionais conferidas ao processo⁶²¹.

E não há que se falar em atraso à marcha processual, já que uma decisão precipitada acaba retardando ainda mais a conclusão do caso, em razão das impugnações apresentadas.

Concorda-se, pois, com Junior Alexandre Moreira Pinto quando ele destaca a necessidade de se conferir maior atenção à audiência preliminar⁶²². Mais do que tentar a conciliação, tal seria o momento propício para o juiz apresentar às partes as questões suscetíveis de ofício. Em suas palavras:

E o momento mais adequado para a informação do julgador aos litigantes sobre estas questões de ofício, seria justamente a audiência preliminar, ocasião em que a demanda já estará estabilizada e o juiz já deverá conhecer o processo a ponto de perceber sobre quais pontos em que incidirá a decisão. A mera utilização de questões não suscitadas no processo, seja pelas partes, seja pelo juiz, em princípio representa afronta à garantia do contraditório. Em suma, todas as causas que serão apreciadas pelo juiz, sejam deduzidas pelo autor, sejam declinadas pelo réu em sua defesa, independentemente da natureza do direito envolvido, e que trarão influência no julgamento da causa, e até mesmo as trazidas aos autos pelo julgador, deverão ser submetidas ao efetivo debate. E a audiência preliminar, como marco que representa o término da fase postulatória, traduz-se no momento ideal para tais providências⁶²³.

Tal entendimento deve ser aplicado, especialmente, para decisões de mérito, como é o caso do reconhecimento da prescrição ou da decadência. Mesmo nesses casos é imprescindível o debate mediante o contraditório prévio, o qual contribuirá para a fundamentação da decisão que, posteriormente, vier a acolher ou afastar as hipóteses em comento.

É interessante reproduzir as seguintes palavras de Alexandre de Freitas Câmara:

Assim, se ao juiz parece ter decorrido o prazo prescricional e tal matéria não foi suscitada pelo interessado, não poderá ele reconhecer a prescrição sem dar às partes oportunidade para manifestar-se sobre a questão por ele de ofício suscitada. Perdoe-se a insistência, mas é preciso fixar bem este ponto: o poder do juiz de conhecer de uma certa matéria de ofício não lhe dá autorização para dispensar o contraditório, elemento legitimador dos provimentos estatais.

Em termos práticos, isso significa que o juiz não poderá, por exemplo, indeferir a petição inicial liminarmente em razão da prescrição. O fato de ser o demandado interessado na matéria (já que pode ter a intenção de renunciar ao benefício) impede a decretação *in limine litis* da prescrição. Terá o juiz, de qualquer maneira, de determinar a citação do demandado e,

⁶²¹ PROTO PISANI, 2006, p. 203.

⁶²² Cf. art. 331, CPC.

⁶²³ PINTO, 2007, p. 164-165. Abordando o direito positivo português, chega à mesma conclusão Lebre de Freitas: LEBRE DE FREITAS, 2006, p. 166.

no caso de este não se manifestar expressamente sobre a prescrição na contestação, determinar expressamente às partes que sobre a mesma se manifestem no prazo que lhes assinar (ou em cinco dias, se outro prazo não lhes for assinado).⁶²⁴

Assim, se afastam as decisões surpresa, ao tempo em que a colaboração processual comunicativa é patrocinada por uma postura jurisdicional democrática, amplamente aberta ao diálogo.

8.4 O DIREITO ÀS PROVAS

A premência de se instaurar uma igualdade de fato no desenvolvimento do processo faz com que a presença do órgão judicial se torne mais ativa. Isto acarreta o incremento dos poderes instrutórios do juiz em busca da melhoria na discussão sobre a matéria fática. Afinal, a importância desta é curial à justiça da decisão, já que se trata de componente da causa de pedir, ou seja, de fundamento da pretensão autoral afirmada em juízo.

E como a discussão das questões de fato se dá a partir dos atos processuais de natureza probatória, estes, como quaisquer atos do processo, precisam ser devidamente informados aos interessados. De tal modo, é preciso assegurar às partes não só a chance de requerer os meios aptos a provar suas alegações, mas também é impreterível que se oportunize a participação durante a produção do material probatório⁶²⁵. E não é só isso. Deve-se conceder aos interessados, ademais, a possibilidade de influenciar na valoração das provas, salvaguardando a sua influência sobre o convencimento do magistrado⁶²⁶.

O diálogo colaborativo sobre cada questão fática é imprescindível, uma vez que tais pontos não podem ser precisamente cindidos das questões jurídicas⁶²⁷. Assim, não se pode deixar ao talante do magistrado a escolha dos fatos relevantes, dos meios de prova, da valoração do material probatório, tampouco a qualificação

⁶²⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Reconhecimento de ofício da prescrição**: uma reforma descabeçada e inócua. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Alexandre%20F%20C%3%A2mara-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

⁶²⁵ BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 67-68.

⁶²⁶ O artigo 398 do CPC, por exemplo, determina que se uma parte requerer a juntada de algum documento aos autos, a contraparte deve ser ouvida.

⁶²⁷ CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 162 *et seq.* LARENZ, 1997, p. 433-439. WAMBIER, 1997, p. 449-463, *passim*. KNIJNIK, 2001, p. 15-52. Ainda, cf. itens 6.2.1 e 8.2.

normativa pertinente, ou das consequências jurídicas aplicáveis. O dever de direção e o poder instrutório do magistrado precisam ser conjugados com a concepção colaborativa de processo. Isso se dá pelo diálogo intersubjetivo institucionalizado no espaço processual, proporcionado pelos direitos ao contraditório e à fundamentação das decisões. Sempre mirando na noção de uma comunidade de trabalho, é preciso que cada ato praticado seja eivado de legitimidade democrática, apresentado aceitabilidade racional.

Logo, a formação da prova clama pela participação daqueles que podem ter sua esfera jurídica alcançada pelos resultados que dela possam advir. O contraditório, embebido pelo ideal de igualdade, assume a conotação de paridade de armas e se torna requisito de validade das provas.

Neste sentido, a própria formação da convicção do magistrado pede a participação dos envolvidos em iguais oportunidades⁶²⁸. Dinamarco fala de uma tríplice participação, concernente à oportunidade de pedir, de alegar e de provar⁶²⁹. Portanto, o contraditório se apresenta tanto na fase postulatória, na qual são deduzidos os pedidos, quanto na fase instrutória do processo de conhecimento, momento em que são trabalhadas as provas e alegações⁶³⁰.

A participação do juiz também é indispensável. Seja dirigindo o processo no curso da fase instrutória, seja atuando por conta própria na produção das provas, a sua participação é de suma importância⁶³¹. Melhor então é falar da existência de um contraditório colaborativo entre os sujeitos processuais, atuando a partir de direitos e deveres recíprocos, no decorrer do interstício probatório. Vale até a afirmação que a

⁶²⁸ O artigo 442, parágrafo único, do CPC, pode ser invocado para ilustrar que a liberdade de agir do juiz está condicionada à participação das partes. Tal dispositivo determina que o poder do juiz para proceder a inspeção judicial não exime o direito das partes de participarem do ato.

⁶²⁹ DINAMARCO, 2010, p. 518-520.

⁶³⁰ “EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EXAME PERICIAL. REALIZAÇÃO. JUNTADA AOS AUTOS DO LAUDO. VISTA ÀS PARTES. NECESSIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE PROFERIR SENTENÇA SEM DAR OPORTUNIDADE ÀS PARTES DE IMPUGNAÇÃO. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. LEI N. 10.358/2001. NOVA REDAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 433, CPC. DOUTRINA. RECURSO PROVIDO. I – O princípio do contraditório, garantia constitucional, serve como pilar do processo civil contemporâneo, permitindo às partes a participação na realização do provimento. II – Apresentado o laudo pericial, é defeso ao juiz proferir desde logo a sentença, devendo abrir vista às partes para que se manifestem sobre o mesmo, pena de violação do princípio do contraditório. III - A Lei n. 10.358/2001 alterou o parágrafo único do art. 433, CPC, que passou a exigir expressamente a intimação das partes a respeito do laudo pericial.” BRASIL. STJ. REsp. n. 421.342 / AM. Rel.: Min. Sálvio Figueiredo Teixeira. J. 11 jun. 2002. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/default.asp>>. Acesso em: 01 mar. 2013.

⁶³¹ É o que se nota em dispositivos como o artigo 399, do CPC.

oportunidade de participação de cada sujeito processual surge como elemento condicionante da regularidade do provimento jurisdicional⁶³².

Portanto, vários são os instantes no qual o contraditório se impõe no curso instrutório. O requerimento inicial de provas, a escolha dos modos de produzi-las, a juntada de documentos novos, o pedido de exibição de documento ou coisa, o arrolamento de testemunhas para depor, a formulação de quesitos ao perito do juízo, o questionamento de laudo de assistente técnico, o acompanhamento de inspeção judicial, a contra-argumentação de suas conclusões, a impugnação de decisões fundadas em determinado conteúdo fático, a consideração de provas emprestadas, todas precisam ser analisadas sob o prisma do contraditório⁶³³.

Visto do ângulo aqui em comento, o direito à prova pode ser posto como uma resultante do contraditório. Juntos, extrapolam o âmbito do processo jurisdicional, alcançando a seara administrativa e até privada⁶³⁴.

A dinamização do ônus da prova, técnica utilizada para deslocar o encargo probatório anteriormente fixado pela legislação, também se ampara pela relação entre o contraditório e a fundamentação das decisões. O contraditório, escrito ou oral, auxiliará a determinar a parte que possui melhores condições para produzir as provas. A distribuição dinâmica é condicionada pela fundamentação da decisão que expressamente a estabelece. Nela precisa estar clara a razão da não incidência da regra geral de ônus probatório, bem como a justificativa sobre os motivos que levam a crer que uma parte terá maiores dificuldades para provar determinada alegação em relação à outra⁶³⁵.

A valoração das provas também carece de contraditório. A formação da convicção do juiz não pode prescindir da natureza dialética do processo. Grinover,

⁶³² GRINOVER, 1990, p. 21-24.

⁶³³ BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 68-77.

⁶³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais fora do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 147, p. 307, mai. 2007.

⁶³⁵ MITIDIERO, 2009, p. 125-130. CAMBI, 2011, p. 360-366. No mesmo sentido segue o PL nº. 8046/2010, que trata do projeto do novo Código de Processo Civil, onde se lê: "Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la. § 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção." In: BRASIL. **Projeto de Lei nº. 8046/2010**. Código de Processo Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 30 jan. 2013.

inclusive, insiste que a essência do método do livre convencimento ou da persuasão racional passa pela acurada análise e avaliação, por parte do magistrado, das alegações carreadas aos autos pelas partes ao longo da instrução⁶³⁶.

Ainda, é preciso levar em conta que o convencimento judicial é pautado por um juízo de verossimilhança, de verdade possível, de verdade processual objetivamente realizável. Trata-se de uma verdade provável, com alto grau de probabilidade e, conseqüentemente, controlável⁶³⁷. Afinal, por mais que o material probatório produzido nos autos possua credibilidade, confirmando as alegações das partes, jamais a percepção do magistrado poderá experimentar diretamente a realidade fática como ocorrida em determinado tempo e espaço. A valoração do juízo é feita a partir de equivalentes sensíveis do caso prático apreciado, com base na narrativa processual dos fatos e na instrução probatória pertinente. Entretanto, estes são meros instrumentos representativos destinados a reproduzir eventos relevantes de um instante passado (quando apreciada lesão a direito), ou a atestar a plausibilidade de conjecturas acerca de efeitos futuros, portanto, irresolutos (em se tratando de ameaça a direito). No interior do discurso processual, independentemente da função demonstrativa ou persuasiva das provas, a dialética precisa ser garantida, incluindo cada sujeito processual⁶³⁸. Portanto, considerando a necessidade de justificação da formação do convencimento do juiz, da valoração do conteúdo fático da causa, do enquadramento jurídico daí derivado, bem como da imprescindibilidade de demonstração da participação conjunta e dialética acerca destas medidas, a motivação das decisões agiganta seu desígnio.

Em harmonia com o que aqui se fala, Calmon de Passos destaca que a valoração das provas está vinculada, “para sua legitimidade, à exigência de uma precisa, clara e suficiente fundamentação, sem distorção ou distanciamento da prova dos autos, que somente é prova quando submetida ao crivo do contraditório.”⁶³⁹

Ora, neste ponto também é possível constatar a inflexão do princípio do contraditório sobre da fundamentação das decisões. Afinal, o livre convencimento do magistrado acerca do valor das provas precisa ser cabalmente motivado, no intento de demonstrar que as razões aventadas aos autos pelas partes, no decorrer do

⁶³⁶ GRINOVER, 1990, p. 31-36. Interessa também salientar a posição de Danilo Knijnik, o qual destaca a importância da dialética proporcionada pelo contraditório, somada ao método problemático, no intento de controlar o convencimento judicial: KNIJNIK, 2001, p. 15-52.

⁶³⁷ ZANETI JUNIOR, 2007, p. 91-105 *passim*.

⁶³⁸ DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 227. CAMBI, 2011, p. 319-347, *passim*.

⁶³⁹ CALMON DE PASSOS, 2008, p. 220.

contraditório processual, foram devidamente consideradas na formação da decisão judicial. Enfim, é do debate em contraditório que o juiz deve retirar o fundamento de suas convicções.

8.5 A AFERIÇÃO DA CONGRUÊNCIA DA DECISÃO JUDICIAL

O processo jurisdicional viabiliza o diálogo entre as partes, e entre estas e o Estado, promovendo decisões judiciais construídas cooperativamente. Mas, para que a comunicação intersubjetiva transcorra devidamente, é imprescindível que o discurso processual seja realizado de forma argumentativa e racional. Para tanto, a congruência entre os atos praticados, e entre estes e as razões neles veiculadas há de se afirmar. Só assim o resultado do processo pode se dar conforme o que foi nele debatido.

Em geral, ao se falar de congruência, se está referindo ao pedido do autor formulado na petição inicial como limite ao dispositivo da decisão judicial. Entrementes, tal compreensão não é suficiente. Qualquer pronunciamento jurisdicional decisório para que seja válido precisa ser congruente não só com o pedido inserido no ato postulatório do autor, mas também com a causa que motiva este último; com o pleito do ato defensivo e os argumentos ali levantados; com os sujeitos que participam do debate; e, ainda, com as razões da própria decisão judicial.

De tal modo, nota-se uma clara correlação entre os atos postulatórios e os atos decisórios. Para que haja efetivo diálogo no processo, os sujeitos, ao praticarem tais atos, devem entender-se mutuamente. Isto não significa que eles precisem concordar em suas opiniões e argumentos, mas sim que as razões apresentadas por um, a partir do ato processual praticado, sejam consideradas pelas razões dos demais, nos atos que estes praticarem. Assim, garante-se uma comunicação adequada no interior do processo, de maneira que todos os participantes possam discutir sobre o mesmo objeto, construindo-se, por argumentos conjuntos, a decisão judicial que recairá sobre aqueles que tiveram efetiva oportunidade de se manifestar.

Dinamarco encadeia os fundamentos do pedido do autor, da contestação do réu, e da decisão jurisdicional da seguinte forma:

Existe um eixo imaginário que liga o pedido posto na demanda inicial e a parte dispositiva da sentença, de modo que o autor pede determinada providência em relação a determinado bem da vida e o juiz lhe responde concedendo ou denegando essa providência. É nessa resposta e não nas razões adotadas pelo juiz para responder, que reside a fórmula de convivência a ser observada pelos sujeitos envolvidos no conflito.

[...]. Existe outro eixo, a interligar os fundamentos do pedido do autor e os da sentença, passando pelos da defesa do réu. Assim como tem o autor o ônus de dizer por que entende estar protegido pelo bom direito, assim também o juiz tem o dever de dizer por que decide de um modo e não de outro. Mas essas são exigências ligadas à legitimidade do processo justo e equo, fiel aos princípios constitucionais do contraditório e devido processo legal, sem serem essenciais à efetividade do resultado do processo. Esses resultados estão definidos no *decisum* e não na motivação, razão por que aquele ficará imunizado pela autoridade da coisa julgada e não esta.⁶⁴⁰

Já, Didier Jr, Oliveira e Braga abordam o tema da congruência da decisão judicial, colocando-a como requisito de validade do referido ato. Afirmam que o pronunciamento jurisdicional decisório precisa apresentar congruência interna e externa⁶⁴¹.

A congruência interna refere-se à inteligência do ato processual. De modo semelhante ao que se exige da petição inicial, a decisão judicial precisa ser dotada de clareza e precisão, ou seja, além de não ser ambígua, há de apresentar certeza, liquidez, completude e concludência⁶⁴².

Quanto à congruência externa, baseada nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, esta se divide em duas subclasses, a congruência externa objetiva, referente aos elementos objetivos da demanda (pedido, juntamente com a causa de pedir e os fundamentos da defesa, denominados *causa excipiente* ou causa de exceção⁶⁴³); e a congruência externa subjetiva, concernente aos elementos subjetivos da demanda (ou seja, as partes⁶⁴⁴).

⁶⁴⁰ DINAMARCO, 2004b, p. 238-240.

⁶⁴¹ DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 246.

⁶⁴² *Ibidem*, p. 261. É interessante notar como Moacyr Amaral Santos apresenta a clareza e a precisão como requisitos da petição inicial, e depois os enumera como requisitos de inteligência da sentença. Ver: _____, 1990, p. 136. _____, 2003, p. 21-23.

⁶⁴³ Afinal, não custa lembrar que o demandado também participa do dimensionamento do mérito da causa ao por meio de alegação de fatos essenciais na contestação, concernentes à defesa indireta de mérito. Cf. artigos 128 e 300 do CPC. Ainda, ver: ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 69. Cf. item 8.2.

⁶⁴⁴ Para facilitar a delimitação do conceito, aqui se considera parte aqueles que pedem e aqueles contra quem se pede a tutela jurisdicional. Entretanto, cada parte reflete um “centro de interesse”, ao redor do qual orbitam várias pessoas (físicas ou jurídicas), a quem a decisão judicial também precisa atentar em seu limite, ainda que incidentalmente. Por tal artifício, busca-se tão somente apontar a existência de eventuais questões que podem surgir envolvendo, por exemplo, o advogado (quanto

É preciso notar a relação intrínseca entre os limites objetivos e subjetivos da demanda e o conteúdo da decisão⁶⁴⁵. Trata-se de efeito gerado pela interação entre os princípios da adstrição ou da demanda (princípio dispositivo em sentido material ou próprio)⁶⁴⁶ e o princípio da correlação ou congruência.

O primeiro fornece ao autor a faculdade de, por sua iniciativa, levantar um tema junto à função jurisdicional do Estado, pleiteando a tutela estatal em razão da pretensão que afirma em juízo. Faz isto por meio de um ato postulatório, instrumentalizado pela petição inicial, na qual expõe seus pedidos e causa de pedir, iniciando o processo⁶⁴⁷. Já ao réu cabe levantar as questões controversas, com base nos fundamentos de sua defesa (*causa excipendi*). Diante disto, o princípio da demanda proporciona o delineamento bilateral da discussão, além de demarcar o objeto litigioso do processo (ou seja, o mérito da causa), vinculando o poder estatal de julgar às balizas do que foi posto pelas partes⁶⁴⁸. Desnecessário aqui é o

aos temas da capacidade postulatória e da fixação de honorários); o representante (sobre o requisito da capacidade processual); os cônjuges (outorga uxória e integração da capacidade processual); o Ministério Público (legitimidade extraordinária, substituição processual, e a relação entre elas); os intervenientes e assistentes simples (desprovidos de legitimidade ordinária para ser parte); os litisconsortes e assistentes litisconsorciais (legitimados ordinariamente como parte). Logo, apesar de integrarem o elemento subjetivo da demanda apenas o que postula em juízo e a aquele contra quem se postula, a situação de outros sujeitos que participam do processo deve ser analisada na motivação, ainda que o círculo dos diretamente afetados pelos efeitos da parte dispositiva da decisão judicial seja bem mais restrito. Ver: MEDINA; WAMBIER, 2011, p. 87. RODRIGUES, 2010, p. 180-189, 203-204.

⁶⁴⁵ Didier Jr., Oliveira e Braga falam de um “nexo de referibilidade”. _____, *op. cit.*, p. 246.

⁶⁴⁶ Alvaro de Oliveira e Mitidiero explicam que pela evolução histórica e cultural do processo civil, o que tradicionalmente era chamado de princípio dispositivo foi separado em princípio dispositivo em sentido processual ou impróprio e princípio dispositivo em sentido material ou próprio. Aquele se refere à técnica e desenvolvimento interno do processo, colocando na mão das partes a sua condução. O advento do protagonismo e ativismo judicial, com a maior intervenção do juiz no feito, mitigou antiga noção de processo como mera faculdade das partes. Fizeram contrapeso ao princípio dispositivo o incremento dos poderes instrutórios do juiz e o princípio do impulso oficial do processo. Hoje, o princípio da colaboração, conectado ao contraditório e à fundamentação das decisões, revela-se como fator de equilíbrio ao discurso processual. Ver: ALVARO DE OLIVEIRA, MITIDIERO, 2010, p. 64-72. Sobre os temas aqui comentado, cf. itens 5.1, 5.2.5, e 7. Ainda, há uma posição, aqui não adotada, que prefere conferir relação de sinonímia aos princípios “dispositivo”, “da correlação entre o provimento e a demanda”, “da congruência”, “da adstrição do juiz ao pedido”, “imutabilidade do libelo”, e “da vinculação do juiz ao pedido”. Nesta linha: BUENO, 2009, p. 501.

⁶⁴⁷ Tal é o momento de formação do processo, no qual também se destacam os elementos identificadores da demanda (partes, pedido, e causa de pedir). DINAMARCO, 2004b, p. 40, 273-276. PINTO, 2007, p. 20-22. Assim, individua-se a demanda perante as demais, o que importa a outros mecanismos processuais, estranhos a esta pesquisa, como a litispendência, a cumulação de ações, a coisa julgada, a modificação da demanda. Sobre o tema, além das obras retro citadas, ver: SILVEIRA OLIVEIRA, 2007, *passim*.

⁶⁴⁸ ARRUDA ALVIM, 1990, p. 35. Cf. item 8.5.

aprofundamento nas hipóteses legais de exceção ao princípio da demanda, às quais apenas registra-se, oportunamente, a existência⁶⁴⁹.

Já o segundo, o princípio da correlação ou congruência, diz respeito à vinculação do provimento jurisdicional àquilo que foi demandado e discutido pelas partes. Em outras palavras, há a imprescindibilidade do magistrado se ater aos limites da demanda na prolação dos atos decisórios.

Ocorre que, o princípio da demanda possui também a finalidade de determinar que o demandante fixe os pontos sobre os quais o contraditório será exercido. Com a resposta do demandado, fundada no contraditório, ocorre a delimitação da demanda. A decisão judicial precisa atender aos limites do objeto litigioso do processo, talhado em contraditório, de modo que o provimento jurisdicional não deve extravasar o que foi posto e debatido pelas partes. Do contrário haveria nítida decisão surpresa⁶⁵⁰.

Portanto, o requisito da congruência da decisão judicial pode ser visto como consequência do princípio do contraditório. Afinal, pela congruência externa objetiva, o contraditório limita a decisão, a qual só pode versar sobre os pontos que as partes puderam se manifestar. Por outro lado, no que tange à congruência externa subjetiva, o contraditório garante que os efeitos da decisão só possam recair sobre aqueles sujeitos que tiveram a oportunidade de participar do debate no curso do processo⁶⁵¹. O contraditório conecta-se à decisão judicial, enquanto surge como núcleo da congruência externa que esta deve apresentar⁶⁵².

Pronunciamentos jurisdicionais que tenham conteúdo decisório diverso do que foi fixado na demanda são, consequentemente, decisões viciadas. Fala-se em decisão *ultra petita*, que exagera, analisando os elementos da demanda, mas indo além deles; decisão *infra petita* ou *citra petita*, que ignora determinado ponto imprescindível à correta decisão, omitindo-se; e decisão *extra petita*, que resolve algo estranho ao que deveria, não alcançando seu verdadeiro objeto⁶⁵³. Cada um destes vícios possui consequências específicas, mas que extrapolam os objetivos

⁶⁴⁹ Para melhor exame das mencionadas exceções, vide: ALVARO DE OLIVEIRA, MITIDIERO, 2010, p. 67-72. DINAMARCO, *op. cit.*, p. 40, 273-294.

⁶⁵⁰ Cf. item 5.2.4.

⁶⁵¹ DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 246-247.

⁶⁵² Relacionando a importância do contraditório com a congruência da decisão, ver: *Ibidem*, p. 246-247. PINTO, 2007, p. 62-75.

⁶⁵³ DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, *op. cit.*, p. 248. OLIVEIRA, 2009, p. 266-267.

desta pesquisa. Adiante serão comentados somente aspectos concernentes ao tema investigado.

Antes, cumpre esclarecer que apesar das denominações dos vícios acima mencionados empregarem termo que apenas se refere ao pedido, também se consideram viciadas, pelos mesmos motivos, decisões fundamentadas em causa de pedir diversa da apresentada. O mais correto seria falar também em decisões *ultra causa petendi*, *infra* ou *citra causa petendi*, e *extra causa petendi*⁶⁵⁴. No entanto, pelo emprego tradicional das expressões suso, elas serão mantidas, mas sendo imprescindível a sua compreensão de modo abrangente, como posto neste parágrafo.

Logo, a fundamentação da decisão judicial, na qual são decididas as questões incidentais, são analisadas as questões de fatos e de direito, e são abordadas a causa de pedir e os fundamentos da defesa, também se submete ao princípio da congruência⁶⁵⁵. A correlação não diz respeito tão somente ao dispositivo da decisão e ao pedido da peça inicial. A motivação que ampara o provimento jurisdicional também há de ser congruente com os elementos da demanda, delimitados cooperativamente. O vício atinge não só os elementos fáticos, mas também os elementos jurídicos, se estes não foram aventados antes no processo. Afinal, não se pode surpreender as partes com consequências jurídicas diversas daquelas debatidas. Antes de realizar o enquadramento jurídico que entende adequado, o órgão judicial precisa abrir sua posição ao contraditório prévio, momento em que recolhe as razões com as quais fundamentará sua decisão⁶⁵⁶.

A decisão *ultra petita* contém fatos ou pedidos sobre os quais as partes não puderam debater. Também pode ser constatada quando a decisão atinge, além dos sujeitos processuais participantes do processo, outros que não integram a relação processual⁶⁵⁷. Neste caso, nega-se a efetiva oportunidade de influência, constituindo-se decisão surpresa, ou por afetar a esfera jurídica de sujeitos que não participaram do discurso processual; ou por ter inexistido a oportunidade de influenciar nas questões decididas, não sendo estas levadas a debate diante daqueles que participaram, formalmente, do feito. O órgão jurisdicional, apesar de analisar as questões de mérito, extrapola os limites do objeto litigioso, violando o contraditório.

⁶⁵⁴ DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 247. OLIVEIRA, p. 268-270.

⁶⁵⁵ *Ibidem*, 2007, p. 260. *Ibidem*, 2009, p. 244-251.

⁶⁵⁶ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 39-40.

⁶⁵⁷ DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, *op. cit.*, p. 259.

Por outro lado, a decisão *infra* ou *citra petita* ofende o direito de ver considerados todos os argumentos levantados. Ignora-se pedido, elemento de fato, elemento de direito ou sujeito. Logo, há ofensa ao contraditório, uma vez que não há oportunidade de influência, proferindo-se decisão surpresa, com desrespeito ao dever de colaboração. Isto acarreta defeito no ato processual da decisão judicial, por vício na fundamentação da decisão, sendo esta caracterizada como omissa. Em tais casos, cabem embargos de declaração⁶⁵⁸.

Já a decisão *extra petita* não aprecia o que deveria, e ainda se manifesta sobre questão estranha ao debate processual. Pode extrapolar o limite dos sujeitos, incluindo quem nem participou do processo, bem como pode ultrapassar os fatos ou o direito, concedendo provimento diverso do solicitado. Nessa hipótese não há participação, tampouco efetiva oportunidade de influência. Isso gera decisão surpresa, que acaba afetando, indevidamente, a esfera jurídica de sujeitos que sequer participaram do processo⁶⁵⁹.

Enfim, percebe-se que a congruência da decisão judicial não deve ser aferida apenas em relação ao pedido do autor cotejado com o dispositivo da decisão. O contraditório, demonstrado e completado pela fundamentação da decisão judicial apresenta-se como melhor parâmetro para evitar a incongruência, afastando-se decisões *ultra*, *infra* ou *extra petita*.

8.6 O SISTEMA DE NULIDADES

Antes de tudo é preciso deixar claro que a complexidade do tema não encontra espaço suficiente nesta pesquisa para um tratamento exaustivo. Logo, o painel doutrinário sobre o tema não será adiante esboçado, e tampouco serão minuciados conceitos ou classificações. No intento de não se afastar do foco, os comentários seguintes apenas dirão respeito à importância que reveste o contraditório e a fundamentação das decisões no que concerne à invalidação dos atos processuais.

Feita a pontuação necessária, dá-se continuidade ao exame.

⁶⁵⁸ Cf. item 8.8.

⁶⁵⁹ OLIVEIRA, 2009, p. 265-279, *passim*.

O contraditório é visto como um dos princípios que norteiam o sistema de nulidades⁶⁶⁰. Ao ensejar o diálogo e a colaboração, surge como garantia de aproveitamento da atividade processual. Assim, a validade do ato processual fica submetida ao necessário debate prévio acerca das questões por ele suscitadas, sendo ineficaz qualquer decretação de invalidade que dispense o contraditório ou que se manifeste por decisão não fundamentada⁶⁶¹.

Do mesmo modo, o aproveitamento de ato processual praticado em desconformidade técnica e formal pode ser realizado, desde que observado o contraditório prévio. Assim, tal princípio, devido à possibilidade de participação e de influência que enseja, torna-se elemento que estabelece o alcance do sistema de nulidades, auxiliando na decisão sobre a invalidação ou convalidação do ato processual⁶⁶².

A importância da fundamentação da decisão também se avoluma, uma vez que esta deve justificar racionalmente a convalidação de ato formalmente inválido, indicando as razões, argumentativamente construídas, para que se reconheça a eficácia deste⁶⁶³.

Como se vê, o ônus argumentativo pesa sobre a decisão que pretenda invalidar ou convalidar um ato processual praticado, de modo que a sua fundamentação deve justificar a medida adotada a partir das razões debatidas no curso do processo. O controle e a legitimidade da decisão são favorecidos pelas razões concretamente apresentadas, aumentando-se o ônus argumentativo nas situações em que a medida judicial se afasta da previsão abstrata da norma, seja no caso de nulidade ou de aproveitamento do ato⁶⁶⁴.

Vale destacar que, por força dos deveres de esclarecimento, de consulta, de prevenção e de auxílio do órgão judicial ante as partes, estas devem ser instadas a

⁶⁶⁰ Didier Jr. faz uso da expressão “sistema de invalidades processuais”, o que acaba por ressaltar a sanção aplicada ao ato processual defeituoso. Constrói sua posição com amplo respaldo na teoria do fato jurídico, adequando-a ao ambiente processual contemporâneo. Nessa atualização, confere destaque, dentre outros, ao princípio da cooperação, do qual é possível sublinhar a importância do contraditório na decretação das invalidades processuais. Aqui será empregada a denominação “sistema de nulidades”, especialmente, em razão da sua maior propagação no âmbito jurídico. Assim, sem adentrar em aspectos de nomenclatura, preserva-se o uso de expressão tradicional, do mesmo modo que já fora feito alhures nesta pesquisa. Sobre o tema, cf.: DIDIER JR, Fredie. **A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br>>. Acesso em: 15 mar. 2013. _____, 2013, p. 305-325.

⁶⁶¹ WAMBIER, 2007, p. 166-172. NUNES *et al*, 2011, p. 84. MITIDIERO, 2009, p. 121.

⁶⁶² Neste sentido, aliando ao contraditório aos princípios da instrumentalidade das formas, da inexistência de nulidade sem prejuízo e da economia processual, ver: BEDAQUE, 2010, *passim*.

⁶⁶³ BRASIL JÚNIOR, 2007, p. 152.

⁶⁶⁴ CABRAL, 2010a, p. 189-191.

se manifestarem sobre o ato defeituoso a fim de, se possível, corrigi-lo⁶⁶⁵. Caso não sejam apresentadas razões suficientemente relevantes no sentido contrário ao entendimento do órgão julgador, o ato será invalidado ou convalidado com fundamento nos argumentos debatidos em contraditório.

Um debate satisfatório realizado no processo, além de evitar decisões surpresa, de garantir a participação no processo e de permitir a influência na formação da decisão, assegura a redução do número de invalidades. Este é um consectário lógico, uma vez que o diálogo institucionalizado diminui o risco de vícios nos atos processuais; aumenta a possibilidade de correção de erros praticados; dificulta o preenchimento unilateral das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados; abrandando o inconformismo com determinada decisão; abrevia a duração do lapso temporal para a resolução da demanda; garante a aplicação dos direitos fundamentais⁶⁶⁶.

8.7 A INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE*

O *amicus curiae* é um terceiro que intervém no processo em razão do elevado interesse que possui sobre o tema ali em debate e no desfecho que terá a causa. Está previsto em diversas leis que integram o sistema processual civil brasileiro. Tal figura apresenta singularidades que não guardam pertinência com o objeto deste estudo, e que por isto não serão enfrentadas nessas linhas⁶⁶⁷.

O que se destaca neste tópico é a característica participativa que o instituto carrega. Isto faz com que seja constantemente aliado ao direito de participação procedimental conferido pelo *status activus processualis*⁶⁶⁸. É, portanto, apontado

⁶⁶⁵ DIDIER JR., 2013, p. 318-319.

⁶⁶⁶ WAMBIER, 2009. NUNES *et al*, 2011, p. 84-85.

⁶⁶⁷ Para uma análise mais completa do tema remete-se às seguintes obras: BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus Curiae***: uma homenagem à Athos Gusmão Carneiro. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/text05.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2013. CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares - o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 29, n. 117, set./out. 2004, p. 9-41. DEL PRÁ, Carlos Gustavo Augusto Rodrigues. ***Amicus curiae***: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2008.

⁶⁶⁸ Sobre o *status activus processualis*, conferir item 3.4.2.

como um fator de legitimação social das decisões jurisdicionais, uma vez que abre o debate processual ao pluralismo de opiniões advindas da participação popular⁶⁶⁹.

Fazendo coro a tal assertiva, repetem-se as palavras de Antonio do Passo Cabral:

E a reboque deste movimento de publicização deve ser interpretado o *amicus curiae* como instrumento da democracia participativa, desvinculado da figura das partes.

O interesse público na manifestação em processos judiciais justifica-se em vista dos objetivos da jurisdição e também do aspecto de ordem pública presente nos princípios do contraditório e da motivação das decisões judiciais [...]⁶⁷⁰

Pela possibilidade de participação na formação do provimento jurisdicional por parte daqueles que possuem interesse no processo; pela inclusão de argumentos plurais no debate processual, favorecendo a legitimidade da decisão judicial; pelo incentivo à ideia de colaboração na obtenção de resultados jurisdicionais; pela oportunidade de influir na convicção dos órgãos judiciais; bem como pelo controle social gerado pela necessidade de motivação das decisões, a qual deve considerar os argumentos levados ao processo pelos intervenientes; é patente a importância da conexão contraditório-fundamentação das decisões ao se tratar do tema *amicus curiae*.

Consolidando o que foi acima exposto, fica a conclusão de Cássio Scarpinella Bueno:

Neste contexto de análise, não há como recusar ser, o *amicus curiae*, agente do contraditório. “Contraditório” no sentido de “cooperação”, de “coordenação”, de “colaboração”, em consonância, pois, com o “modelo constitucional do direito processual civil brasileiro”. Um contraditório cujo exercício amplo encontra fundamento normativo também nos arts. 339 e 341 do Código de Processo Civil. Trata-se, em suma, de um “contraditório presumido”, um “contraditório institucionalizado”: contraditório que deve ser entendido e aplicado à luz de uma sociedade e de um Estado plural como fator decisivo e essencial para a tomada de decisões pelo Estado no exercício de qualquer uma de suas funções, inclusive, como interessa para cá, o exercício da função jurisdicional⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ Neste sentido, por exemplo: MARINONI, 2008, p. 456-459. MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. **A comunidade aberta de interpretes da Constituição: o *amicus curiae* como estratégia de democratização da busca do significado das normas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, *passim*.

⁶⁷⁰ CABRAL, 2004, p. 26.

⁶⁷¹ BUENO, acesso em: 15 jan. 2013.

8.8 A IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Os mecanismos utilizáveis para a impugnação das decisões judiciais são de duas classes, os recursos, nos quais há o prolongamento do mesmo processo, e as ações autônomas de impugnação, que ensejam outro processo, de natureza incidente⁶⁷².

Quanto ao âmbito recursal, este também obedece aos mandos do contraditório, em especial pela observância do princípio da dialeticidade que rege a matéria⁶⁷³. Segundo Alvaro de Oliveira e Mitidiero, a própria possibilidade de recorrer decorre do contraditório⁶⁷⁴. A discussão sobre o tema em juízo persiste como desdobramento do direito de ação⁶⁷⁵. Logo, é cabível asseverar, como fazem Didier Jr. e Cunha, que “o direito de recorrer é conteúdo do direito de ação (e também do direito de exceção)”⁶⁷⁶. Ao passo que o direito de ação inicia o movimento processual, o contraditório mantém a dinâmica do processo, até a última decisão judicial.

Em face disso, é tranquilo perceber que o nexo entre o contraditório e a fundamentação das decisões persiste no âmbito recursal. Ao examinar uma apelação, por exemplo, continua a valer a imprescindível observância dos direitos e deveres impostos pelo devido processo legal⁶⁷⁷.

E na manutenção da conexão entre o contraditório e a fundamentação das decisões, os embargos de declaração exercem um papel digno de nota. É que tal espécie de recurso auxilia na fluidez do diálogo processual ao afastar obscuridade, contradição ou omissão eventualmente encontrada na sentença ou acórdão, além de assegurar a devida consideração dos argumentos das partes na convicção do órgão judicial⁶⁷⁸. De tal maneira, fica garantido o contraditório a partir da plena

⁶⁷² BARBOSA MOREIRA, 2009, p. 229, 232. JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 22-26. Ainda, vale frisar a posição de Fredie Didier Jr., o qual elabora um sistema dos meios de impugnação da decisão judicial composto por recursos, ações autônomas de impugnação e sucedâneos recursais. Aqui será mantida a classificação bipartida, usualmente encontrada, por se entender que esta é mais adequada à brevidade deste item. Sobre o tema, cf.: _____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2009, v. 3, p. 26-27.

⁶⁷³ JORGE, 2007, p. 166. RODRIGUES, 2010, p. 596-597.

⁶⁷⁴ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 39.

⁶⁷⁵ BARBOSA MOREIRA, 2009, p. 236.

⁶⁷⁶ DIDIER JR.; CUNHA, *op. cit.*, p. 20.

⁶⁷⁷ É o que se depreende da leitura do artigo 515, § 4º, do CPC.

⁶⁷⁸ Cf. art. 535, CPC.

fundamentação da decisão⁶⁷⁹, assegurando-se o direito da parte de obter um comentário sobre cada ponto levantado no processo⁶⁸⁰.

Em regra, os embargos de declaração proporcionam apenas o contraditório pelo recurso, dispensando o contraditório no recurso, uma vez que seu objetivo inicial é tão somente corrigir obscuridade, contradição ou omissão de decisão judicial anterior, sem atacar o conteúdo decisório desta⁶⁸¹. Ocorre que, se o provimento do recurso em pauta acarretar eventual alteração do julgado, o quadro do contraditório também muda. Em tais casos, em razão do efeito modificativo ou infringente assumido pelos embargos de declaração, o contraditório também passa a ser exigido no recurso. Marinoni, tratando do tema elucida que “qualquer forma de impugnação que possa modificar uma decisão deve poder ser respondida pela parte que foi por ela beneficiada e pode ser prejudicada pela nova decisão a ser tomada”⁶⁸².

Ademais, vale ressaltar o caso dos embargos declaratórios para fins de préquestionamento. Para tanto, inicialmente, cumpre lembrar que o recurso extraordinário, destinado ao Supremo Tribunal Federal, e o recurso especial, endereçado ao Superior Tribunal de Justiça, são entendidos como recursos de estrito direito, objetivando a proteção do direito objetivo (e só reflexamente o direito subjetivo da parte ou de terceiros)⁶⁸³. Ambos possuem como substrato da impugnação fundamentos limitados e vinculados, além de requisitos próprios para sua admissibilidade, como o prequestionamento da questão recorrida⁶⁸⁴. Acontece que a ausência do citado requisito de admissibilidade, a qual é capaz de ensejar a interrupção do discurso processual, pode decorrer da insuficiência da atividade jurisdicional. Decisões proferidas com fundamentação incompleta (decisões mal fundamentadas, ou seja, que não analisam todas as questões levantadas pelas

⁶⁷⁹ MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 547-549. DIDIER JR., 2011. WAMBIER, 2007, p. 329-330. Ainda, sobre o direito de influência e a proibição de decisão surpresa consultar item 5.2.4.

⁶⁸⁰ Nesse sentido, conferir: BRASIL. STJ. Embargos de Divergência no REsp. n. 95.441 / SP. Rel.: Min. Humberto Gomes Barros. J. 08 abr. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/default.asp>>. Acesso em: 01 mar. 2013.

⁶⁸¹ DIDIER JR; CUNHA, 2009, p. 183-215, *passim*.

⁶⁸² MARINONI, 2008, p. 343. No mesmo sentido: BRASIL. STF. RE n. 250.396 / RJ. Rel.: Min. Marcos Aurélio. J. 14 dez. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 01 mar. 2013

⁶⁸³ Todavia, não passa despercebida a anotação de Barbosa Morerira de quanto à ineficácia de tais modalidades recursais aos direitos subjetivos, quando afirma que “parece excessivo negar que também sirva a instrumento de tutela de direitos subjetivos das partes ou de terceiros prejudicados. Quando interposto pelo Ministério Público, na qualidade de *custus legis*, então, sim, visará de modo precípua ao resguardo da ordem jurídica positiva, do direito objetivo; mas essa não é uma peculiaridade do recurso extraordinário, pois o Ministério Público, no exercício daquela função, se legitima à interposição de qualquer recurso.” Cf. _____, 2009, p. 585.

⁶⁸⁴ JORGE, 2007, p. 32-38.

partes) podem acarretar a quebra do diálogo processual, cessado pela falta de prequestionamento, em razão do não enfrentamento de determinado ponto na decisão judicial. Uma decisão mal fundamentada, quando apelada, exige do tribunal um exame detalhado de todo o processo. Do contrário, pode restar fulminada a possibilidade de prolongamento da discussão, a qual seria possível com o emprego de recursos de estrito direito. Por conseguinte, exige-se mais na motivação de acórdãos, sendo imprescindível o enfrentamento, inclusive, daquilo que não foi objeto da sentença impugnada, mas que foi veiculado pelas partes como causa de pedir ou como fundamento da defesa⁶⁸⁵.

Cobrar dos tribunais a análise de todas as questões levantadas no discurso processual, além de privilegiar os direitos fundamentais ao contraditório e à fundamentação das decisões, evita a interposição de embargos de declaração destinados a cobrir a omissão judicial. Afinal, esta seria a postura indicada às partes no intento de preencher o requisito de admissibilidade do pré-questionamento, necessários aos recursos de estrito direito. Ora, o simples atendimento do nexo entre o contraditório e à fundamentação tornaria despicienda a interposição de um recurso (embargos de declaração), para que se possa depois postular outro (recursos especial ou extraordinário)⁶⁸⁶.

Vale falar ainda acerca da necessidade de repercussão geral para o exame do recurso extraordinário. Ante a refutação da sua incidência em determinada causa pelo Supremo Tribunal Federal, a decisão proferida a este respeito é reputada válida para todos outros recursos que versem sobre matéria idêntica⁶⁸⁷. Ora, aqui há mera presunção de identidade, de modo que a discussão sobre o tema é impossibilitada por decisão proferida em outro processo. A decisão acaba alcançando terceiros que não participaram do processo⁶⁸⁸.

O problema também se apresenta quando há multiplicidade de recursos com fundamento em controvérsia idêntica. Diante deste quadro, o tribunal de origem seleciona apenas alguns dos recursos que lhe são apresentados e os remete ao Supremo Tribunal Federal para que seja avaliada a repercussão geral no caso em pauta. Aqueles que não são pinçados têm seu andamento sobrestado. O problema

⁶⁸⁵ WAMBIER, 2007, p. 325-338. MEDINA, José Miguel Garcia. Motivação da decisão judicial: poderes do Tribunal no julgamento da apelação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 907, p. 235, mai. 2011.

⁶⁸⁶ WAMBIER, 2009.

⁶⁸⁷ Cf. art. 543-A, CPC.

⁶⁸⁸ ALVARO DE OLIVEIRA; MITTDERO, 2010, p. 43.

surge quando é negada a existência de repercussão geral com base nos recursos examinados. Por força do artigo 543-B, §§ 1º e 2º, do CPC, a decisão do STF que refuta a repercussão geral recai, automaticamente, sobre os recursos suspensos na origem⁶⁸⁹.

Ora, é obvio que em ambas as situações o contraditório não alcança a plenitude, pois não se dá a todos os envolvidos a oportunidade de dialogar. Busca-se um acesso à justiça amparado em moldes quantitativos, com base na suposta homogeneidade entre casos pinçados em relação àqueles sobrestados. Almeja-se a resolução dos casos preteridos pelo julgamento de teses que tendem a uma padronização de entendimento ante as complexas situações da vida incrustadas em cada caso levado a juízo. Resta ao menos que as decisões proferidas sejam cabalmente motivadas a fim de se legitimarem democraticamente com base nas razões de justificação apresentadas,⁶⁹⁰.

Sobre o tema, Alvaro de Oliveira e Mitidiero afirmam haver contraditório, já que a discordância sobre a possibilidade de sobrestamento ou sobre a negativa de repercussão geral pode ser debatida mediante agravo de instrumento, reclamação, medida cautelar (atuando o contraditório eventual), ou até por simples petição (refletindo o contraditório na modalidade diferida).⁶⁹¹

Raciocínio igual se aplica à multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, explicitada no artigo 543-C do CPC⁶⁹².

Por derradeiro, registra-se perplexidade diante da jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal que entende ser inadmissível recurso extraordinário fundado em alegação de desrespeito ao devido processo legal e seus corolários (como o contraditório e a motivação dos atos decisórios). A linha em questão afirma que em tais casos a violação à Constituição Federal se dá apenas de modo indireto, ficando pendente o exame de matéria infraconstitucional⁶⁹³.

⁶⁸⁹ Cf. art. 543-B, CPC.

⁶⁹⁰ Para uma crítica mais detalhada sobre os comentários acima, cf.: NUNES *et al*, 2011, p. 331-354, 642-653.

⁶⁹¹ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDERO, 2010, p. 43.

⁶⁹² Cf. art. 543-C, CPC.

⁶⁹³ Nunes *et al*, *op. cit.*, p. 85-88. Neste sentido, creditando mera ofensa reflexa ao texto constitucional em tais casos, consultar: BRASIL. STF. AgR. AI n. 360.265 / RJ. Rel.: Min. Celso de Mello. J. 13 ago. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/listarProcesso.asp>>. Acesso em: 01 mar. 2013. BRASIL. STF. RE n. 405.321 / DF. Rel.: Min. Gilmar Mendes. J. 28 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/listarProcesso.asp>>. Acesso em: 01 mar. 2013. BRASIL. STF. RE AgR. n. 491.923 / DF. Rel.: Min. Ricardo Lewandowski. J. 19 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/listarProcesso.asp>>. Acesso em: 01 mar. 2013.

Entrementes, o foco do estudo não recai sobre os mencionados temas. Não serão feitas aqui quaisquer considerações sobre a constitucionalidade dos dispositivos legais ou das posturas judiciais antes mencionadas. Este vislumbre serve, na verdade, para alertar sobre a imprescindibilidade de questionamento acerca da legitimidade democrática das condutas operadas no âmbito processual. A resposta para perguntas dessa natureza passa, inevitavelmente, pela conexão contraditório-fundamentação das decisões. É preciso notar que a restrição de um destes direitos fundamentais processuais requer a multiplicação do alcance do outro, de forma compensatória⁶⁹⁴. Em suma, se o contraditório não é prévio a fundamentação da decisão deve ser ainda mais cuidadosa e cabalmente completa. De modo inverso, caso a legislação permita a fundamentação concisa para determinada situação, a discussão prévia em contraditório necessariamente deve ser a mais rica possível, atingindo todos os pontos relevantes, aptos a influenciar na medida decisória.

Essa ideia prossegue no tocante às ações autônomas de impugnação⁶⁹⁵. Justamente o que possibilita a sua interposição é a preexistência de ação, em curso ou já encerrada, sobre a qual persiste a necessidade de discussão acerca de determinado ponto. Por tal motivo, além do contraditório, favorecem-se outros princípios como o acesso à justiça. Ao tempo em que atendem o direito à participação, tão caro aos Estados de Direito democráticos, conferem a devida legitimidade ao ato jurisdicional⁶⁹⁶. Cabe mencionar ainda que as ações autônomas de impugnação revelam-se mecanismos de extrema utilidade no controle das decisões judiciais. A ação rescisória, por exemplo, é instrumento imprescindível para assegurar a observância do contraditório e da fundamentação das decisões, mesmo após o trânsito em julgado da decisão, desde que respeitado o prazo de dois anos para sua propositura⁶⁹⁷.

Percebe-se que, no tocante aos meios de impugnação das decisões judiciais, seja por recursos, seja por ação autônoma, é necessário que o discurso

Resta saber se concepções como estas realmente buscam resguardar o sistema jurídico, acentuando a clareza do limite de abrangência de direitos fundamentais, ou se pretendem, sobretudo, blindar os gabinetes ministeriais, já abarrotados por outros recursos extraordinários. Não sendo este o problema a que se dedica o trabalho ora em tela, deixa-se tal ponto no espaço da dúvida.

⁶⁹⁴ Cf. item 5.3 para apontamentos quanto à restrição dos direitos fundamentais.

⁶⁹⁵ Como exemplo é possível citar a ação rescisória, o mandado de segurança, o *habeas corpus* e os embargos de terceiro. JORGE, 2007, p. 21-26 *passim*. RODRIGUES, 2010, p. 586.

⁶⁹⁶ Cf. itens 2.3 e 3.4.2.

⁶⁹⁷ Cf. art. 485, CPC.

jurídico sobre uma questão levantada em juízo se realize por um procedimento que atenda ao contraditório e à fundamentação das decisões. No momento em que se atenta para esta relação, nota-se que a própria possibilidade de impugnação já decorre do contraditório, em razão da essência dialética que este imprime no processo. Ainda, o controle sobre atos estatais jurisdicionais só é plenamente exercitável mediante a adequada fundamentação da decisão judicial.

8.9 O PROCESSO OU FASE DE EXECUÇÃO

A participação de ambas as partes, sob a paridade de armas, reside no contraditório. Este, enquanto guia da dinâmica processual, extrapola a fase de cognição. Nesta linha, é cabível afirmar a existência do contraditório também na fase ou processo de execução⁶⁹⁸.

Ainda que de forma mitigada, o contraditório ali se apresenta. Não há como retirar do processo, apenas na sua fase de execução, uma das características que lhe é essencial, no caso, o contraditório⁶⁹⁹. O que não se encontra nesta fase é a discussão acerca do direito material controvertido. Afinal, quando se está diante da fase executiva, ou as questões de direito já foram objeto de debate na fase de conhecimento, ou já há um título extrajudicial nas mãos do exequente.

Mas, ainda assim, o executado manifesta o contraditório. Isto se dá por vários mecanismos processuais que oportunizam a sua participação. Tais instrumentos podem ter a natureza de ação ou de defesa. Como ações autônomas ou incidentais, vale citar a ação de nulidade do título ou os embargos à execução. Já, como modalidade de defesa, cabe mencionar a objeção ou exceção de pré-executividade⁷⁰⁰. Ocorre que, para não prejudicar a satisfação da obrigação inadimplida, nesta fase, as defesas são regularmente apresentadas em

⁶⁹⁸ Em regra, a doutrina se divide sobre o tema. Aqui se defende a existência do contraditório no processo ou fase de execução, em harmonia com o entendimento dos seguintes autores: DINAMARCO, 2010, p. 521-522. JORGE, Flávio Cheim. Relação processual e contraditório nas diversas espécies de execução. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 114, p. 301, mar. 2004. TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo de execução. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 28, p. 55, out. 1982. DIDIER JR., Fredie, *et al.* **Curso de direito processual civil: execução**. Salvador: Juspodvim, 2009, v. 5, p. 54-55.

⁶⁹⁹ Esta é a linha adota no presente trabalho, conforme item 4.2 e 4.3.

⁷⁰⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, 2009, *op. cit.*, p. 140. NUNES *et al.*, 2011, p. 385. Para uma crítica à denominação “exceção de pré-executividade”, em detrimento do nome “objeção de executividade”, consultar: NERY JUNIOR, 2004, p. 180-182.

procedimentos autônomos ou incidentes. Ademais, em razão da natureza do procedimento executivo há uma inversão do ônus de provocar o contraditório, de modo que a regra migra do contraditório prévio para o eventual⁷⁰¹.

E considerando que as diversas espécies de execução, hodiernamente, pautam-se pela adjudicação mediante o modo menos gravoso possível ao devedor⁷⁰², este deve ter voz para dizer qual é o meio que menos lhe prejudica. Do mesmo modo, o órgão jurisdicional precisa indicar, fundamentadamente, as razões da medida que adotar no caso.

Assim, a participação colaborativa, também no processo executivo, corrobora a legitimidade do Estado para invadir a esfera patrimonial do executado. Dinamarco finaliza a discussão de maneira lúcida ao afirmar que “não há processo sem decisão alguma, não há decisão sem prévio conhecimento e não há conhecimento sem contraditório”⁷⁰³.

⁷⁰¹ Em sentido semelhante, cf. DIDIER JR., *et al*, 2009, p. 54-55.

⁷⁰² Cf. art. 620, CPC.

⁷⁰³ DINAMARCO, 2010, p. 521.

9 CONCLUSÃO

A pesquisa teve como objeto a relação entre o contraditório e a fundamentação das decisões judiciais no âmbito do processo civil situado no Estado Democrático de Direito.

Buscou-se averiguar como o mencionado vínculo interfere no direito processual civil, tendo em mira, especialmente, a harmonização deste último com o parâmetro democrático estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Para tal desiderato, levantou-se a hipótese de um eixo participativo e comunicativo, destinado a nortear a interação dos sujeitos processuais em consonância com uma concepção colaborativa e argumentativa de processo. O nexo entre o contraditório e a fundamentação das decisões seria colocado como mote para um processo civil de meios e resultados dotados de legitimidade democrática.

A princípio, foi necessário esclarecer as noções que orbitam o conceito de Estado de Direito constitucional e democrático. Sem isso não haveria balizas para verificar a eventual necessidade de adequações no modelo de direito processual civil praticado. Imprescindível, ademais, era encontrar um quadro teórico que considerasse o potencial axiológico e teleológico do problema, sem mitigar o primado deontológico do jurídico. Afinal, ao cotejar o forte caráter técnico do processo civil com os aspectos valorativos e políticos da Lei Fundamental, não poderia haver a sublimação de um pelo outro.

Foi então que a teoria do discurso de Jürgen Habermas surgiu como marco teórico propício a levar em conta o caráter plural e participativo proporcionado pela democracia, sem descurar do perfil normativo reclamado pelo Direito.

Ao suscitar normas processuais de origem constitucional, como os direitos fundamentais ao contraditório e à fundamentação das decisões, tornou-se cogente a abordagem do perfil atual do direito constitucional. Por conseguinte, foi perscrutado o denominado neoconstitucionalismo, contatando-se a ocorrência de transformações no pensamento jurídico, as quais passaram a orientar o exame.

Passo contínuo, o exame do Estado de Direito se apresentou como relevante por decorrência do parâmetro estabelecido na pesquisa como guia para um processo civil eivado de legitimidade, a saber, a consonância com o Estado Democrático de Direito. Notou-se que, contemporaneamente, é cabível falar em um

paradigma de Estado de Direito democrático, promovido pela inclusão do elemento participação no conceito de Estado de Direito.

Mas ainda era necessário delimitar a ideia de democracia. Nesta tarefa o caráter participativo apresentou-se novamente, como diferencial da concepção mais atual de democracia. No entanto, a proposta de Habermas de uma democracia deliberativa revelou-se mais interessante à pesquisa, ao apregoar a participação pela prática comunicativa intersubjetiva, a partir do diálogo argumentativo e racional realizado em espaços públicos.

Tal linha democrática fortificou-se após o estudo adentrar na teoria discursiva de Habermas. Da sua análise foi constatada a interação entre os direitos fundamentais e a democracia, de modo que o Direito passa a servir de mediador entre a moral e a política, com as quais se relaciona, sem perder seu caráter normativo. A mencionada teoria afirma que para o Direito cumprir seu papel de integração social em ambientes complexos e plurais, é irrefutável que os destinatários da norma jurídica possam encara-se também como seus autores. Isto só é possível se os indivíduos puderem exercer de modo livre e igual as suas autonomias privada e pública. No cenário em tela os direitos fundamentais exsurtem como condições de comunicação imprescindíveis para assegurar o diálogo intersubjetivo, voltado ao entendimento mútuo, a ser realizado entre os integrantes de determinada sociedade. Dessa forma, obtém-se uma normatividade adequada à tensão entre a facticidade (obrigatoriedade e coercibilidade) e a validade (legalidade e legitimidade) do Direito.

Assim, foi possível concluir que os direitos fundamentais processuais, como o contraditório e a fundamentação das decisões, guardam o predicado comum de condições de comunicação indispensável ao diálogo intersubjetivo voltado ao entendimento. Em tal ponto, já foi possível constatar uma característica genérica encontrada na relação entre os citados direitos. A salvaguarda de ambos se revela cogente para uma comunicação dialógica entre os sujeitos envolvidos num debate. Enquanto normas de processo, tais direitos não abandonam sua qualidade de baliza procedimental necessária ao correto discurso efetivado no espaço processual. Uma deliberação argumentativa e racional no âmbito do processo só gera resultados legítimos se os envolvidos puderem se comunicar adequadamente. Percebe-se que os sujeitos sobre os quais recairá a imposição normativa gerada pela decisão judicial precisam participar da sua formação.

Até o momento, na pesquisa, os direitos fundamentais haviam apresentado reflexos sobre o tema problematizado em cada item examinado. Consequentemente, não se poderia fugir de sua análise. Do estudo das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais percebeu-se a necessidade de uma releitura do fenômeno jurídico pelo prisma da quarta dimensão, a qual tem como baluarte a noção de democracia. Ainda, investigando-se as perspectivas dos direitos fundamentais, foi visto que, além do caráter protetivo fornecido ao indivíduo pelo prisma subjetivo, pelo seu ângulo objetivo, os direitos fundamentais, como o contraditório e a fundamentação das decisões, consubstanciam-se em normas objetivas, as quais obrigam tanto o Estado quanto os particulares por força da sua eficácia irradiante.

A relevância dos direitos fundamentais para o objeto em pauta agigantou-se diante da multifuncionalidade destes. Apontado para o foco do estudo, certificou-se que o contraditório e a fundamentação das decisões ensejam consequências jurídicas distintas e coexistentes, conforme a posição jurídica subjetiva na qual se encontre o seu titular. O preponderante à pesquisa foi a verificação de direitos fundamentais procedimentais, que pela ótica do status activus processualis acarretam o direito à participação pelo processo e no processo. Identificando este último como o direito ao devido processo legal, a investigação avançou para a análise dos direitos assegurados no interior do processo, haja vista ser este o campo principal de desdobramento do contraditório e da fundamentação das decisões.

Por tal caminho, chegou-se à consulta do processo. Primeiro foi avistada a sua relação com a Constituição, instante em que se reafirmou o condicionamento daquele por esta. Após, partiu-se para a clarificação da relação entre processo e procedimento. Com espreque na teoria de Elio Fazzalari o processo foi considerado como espécie do gênero procedimento, apresentando o contraditório como fator que o qualifica. Assim, o processo foi encarado como procedimento em contraditório, permitindo realçar a dialeticidade processual. Ainda, a racionalidade é favorecida pela percepção da teoria em comento na qual processo é enxergado como uma estrutura lógica, em que o ato antecedente é requisito de validade do ato subsequente, e assim sucessivamente, até a consecução do ato final, o provimento estatal.

No entanto, rememorando-se o planeamento constitucional do processo, percebeu-se que o contraditório, apesar de sua extrema importância, não é a única garantia assegurada como direito fundamental no processo. Na Constituição Federal

de 1988 é possível encontrar outros direitos fundamentais processuais que perfazem o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Tal padrão pode ser equiparado ao direito fundamental ao devido processo legal, também denominado devido processo constitucional ou processo justo. Trata-se de um complexo de direitos fundamentais, emaranhados entre si, formando um bloco de garantias, todas mutuamente conectadas, de modo que a ofensa a uma atinge, reflexamente, outra. Os direitos ao contraditório e à fundamentação das decisões integram o conjunto do devido processo legal.

A pesquisa então atingiu o momento de analisar detidamente os direitos ao contraditório e à fundamentação. O exame de ambos aprofundou-se nas suas especificidades na seara processual civil.

Do contraditório ressaltou-se, inicialmente, sua natureza dialética, bem como sua evolução conceitual em comparação com a própria noção de processo. Ficou lúcido que a concepção do contraditório recebe influxos externos ao campo jurídico, como os oriundos da moral e da política, tal qual acontece com as noções de direito e de processo. Afinal, por serem dados culturais não há como lhes extirpar o conteúdo humano, tão pouco isolá-los das contingências históricas de espaço e tempo. Esta conclusão ajudou a compreender o atual alcance e conteúdo do direito ao contraditório. Um paradigma democrático de direito condiciona o processo que o atua, e este, por sua vez, atinge do mesmo jeito os mecanismos que o integram. Assim, conclui-se que uma concepção de contraditório adequada ao Estado de Direito constitucional e democrático há de incluir os direitos de informação e reação; a garantia de paridade de armas; o direito de participação ativa; a oportunidade de influência e a correlata proibição de decisão surpresa ou juízo de terceira via; além de implicar deveres de colaboração, decomposto nos deveres de esclarecimento, de consulta, de prevenção e de auxílio, todos destinados ao órgão jurisdicional, fora os outros deveres destinados às partes, rematando um dever de diálogo entre os sujeitos processuais, tendo como fito considerar o processo uma comunidade de trabalho. Este parece ser o sentido apontado pelo projeto do novo Código de Processo Civil, merecendo elogios no que tange ao contraditório. Em tempo, registra-se que o contraditório se irradia por todo o curso processual, desdobrando-se em diversas posições jurídicas, influenciando a conduta de todos os sujeitos processuais, o que o faz ser refletido por inúmeras técnicas do processo civil. De tal modo, é cabível falar em modalidades de contraditório, sendo a regra a sua

realização de maneira prévia, ouvindo-se todos os envolvidos no debate antes da tomada de decisão. Entrementes, excepcionalmente, são aceitas as formas diferida ou postergada, eventual, preventiva e mitigada.

Já, o exame do direito à fundamentação das decisões começou por traçar parâmetros conceituais e estruturais. Destacou-se que o ato da decisão judicial possui uma estrutura tripartida nos elementos ou requisitos relatório; fundamentação ou motivação; e dispositivo. O foco se deu sobre o elemento fundamentação do ato da decisão judicial, no qual o órgão julgador analisa e resolve as questões incidentais, de natureza prévia ao mérito da causa. Lá, radicam as razões da convicção do magistrado acerca dos pontos controvertidos da causa, sendo o palco da justificação do acolhimento e da rejeição dos argumentos levantados no debate. É também o espaço em que se faz o esclarecimento racional das conclusões que tangem às questões de fato e de direito, incluindo a valoração do material probatório, o enquadramento normativo do conteúdo fático e a determinação das consequências jurídicas pertinentes.

A fundamentação da decisão assume funções endoprocessuais e extraprocessuais, responsáveis pelo controle do exercício da função jurisdicional do Estado. Tais funções atuam favoravelmente na justificação interna e externa da decisão judicial, auxiliando na resolução do problema da racionalidade da decisão judicial. Desse modo, ela pode ser vista, tanto pelo público interno ao processo, quanto pelo restante da sociedade, como uma medida racionalmente aceitável, obtendo a necessária legitimidade.

Percebe-se a importância do direito à fundamentação das decisões para a legitimidade democrática do direito processual. Tal garantia fundamental assegura que no elemento motivacional dos atos decisórios seja demonstrada a correção tanto do processo quanto da decisão por ele obtida. Controla-se, pela fundamentação, o respeito às normas processuais ao longo de todo o debate, em especial daquelas vistas como condições de comunicação, bem como se assegura a adequação da decisão ao caso concreto, de modo que esta possa ser vista como correta e legítima, por ser racionalmente aceitável. Isso desnuda a fundamentação do ato decisório como o espaço no qual será apreciado o respeito às condições de comunicação indispensáveis ao diálogo participativo e argumentativo. Por meio dela se comprovará se os direitos fundamentais no processo, concernentes ao devido processo legal, foram assegurados. A justeza na motivação acaba sendo necessária

para aferir se, por exemplo, o contraditório também foi adequadamente efetivado no curso do processo. Este se torna então o momento no qual se pode averiguar se os argumentos das partes introduzidos no processo realmente foram considerados pelo juiz. Isto se concretiza pela certificação de que as razões da discussão influenciaram as razões da decisão. Do contrário, estar-se-á diante de evidente decisão surpresa. Portanto, a fundamentação das decisões deve refletir todo o diálogo intersubjetivo travado em contraditório no espaço procedimental, revelando a síntese dos argumentos levantados pelos sujeitos processuais.

A análise multifacetada sobre o vínculo entre o contraditório e a fundamentação das decisões oportunizou analisar diferentes perspectivas de um mesmo fenômeno.

Observou-se a existência de ligações genéricas como a classificação de ambos como condições de comunicação intersubjetiva nos espaços discursivos procedimentalizados; como as semelhantes características decorrentes da natureza comum de direitos fundamentais processuais; e a pertinência dos dois direitos no complexo do devido processo legal.

De um ponto de vista macro e dinâmico foi constatada uma relação demonstrativa entre o contraditório e a fundamentação das decisões. Assim, a plenitude do contraditório demonstra a existência de decisões devidamente fundamentadas, do mesmo modo que estas demonstram ter havido contraditório efetivo.

Foi constatado um entrecruzamento semântico e pragmático no que tocante aos direitos abordados. Ambos revelam-se ligados pelo ideal colaborativo de processo, incrustado tanto no conceito de contraditório (lido como garantia de influência e proibição de decisão surpresa ou juízo de terceira via, refletindo no dever de diálogo, desdobrado nas obrigações de esclarecimento, de consulta, de prevenção e de auxílio, endereçadas ao órgão jurisdicional); quanto na concepção de fundamentação das decisões (a qual justifica o ato decisório a partir da consideração dos argumentos levantados pelas partes no debate das questões de fato e de direito).

Outrossim, considerando a característica dialética do processo, notou-se a viabilização de uma argumentação racional ao longo do itinerário processual pela força do contraditório e da fundamentação das decisões. Ao tempo em que o contraditório permite às partes levantar argumentos no discurso processual, a

fundamentação das decisões sintetiza as posições discutidas, apresentando argumentos próprios que justifiquem o provimento. Nesta sucessão de razões carreadas pelos atos praticados pelos sujeitos do processo, a argumentação processual assume feições intersubjetiva, plural, dialógica, participativa e racional, o que proporciona meio e resultados legítimos, ou seja, racionalmente aceitáveis.

De modo semelhante, a perspectiva comunicacional acerca da conexão contraditório-fundamentação das decisões esclarece a influência recíproca que os atos e os argumentos emanados pelos sujeitos processuais têm entre si. A própria interpretação sobre as questões de fato e de direito são realizadas por comunicações intersubjetivas, haja vista a imprescindibilidade do contraditório e da fundamentação das decisões acerca dos pontos controvertidos. Afasta-se, de tal modo, o solipsismo de concepções acerca do caso concreto em análise. Favorece-se a pluralidade de visões de mundo, inclusive do mundo jurídico.

Também os conteúdos axiológico e teleológico do direito interagem com a relação em pauta. O contraditório, conjugado com a fundamentação das decisões, garante o pluralismo de valores e fins, a partir do diálogo institucionalizado, o qual deve ser balizado por normas processuais que assegurem as condições de comunicação intersubjetiva e racional no espaço do processo. Assim é possível adequar o caráter axiológico e teleológico das normas jurídicas aos parâmetros deontológicos necessários a um processo e uma decisão justos, legítimos, racionais e democráticos, afastando decisões solipsistas e arbitrárias.

Ao chegar à perspectiva democrática acerca da relação em foco, percebeu-se que a necessidade democrática de espaços públicos institucionalizados, os quais requerem procedimentos que resguardecam as condições comunicativas exigidas à adequada comunicação, também se faz presente no discurso processual. É rememorada a característica de condição de comunicação predicada ao contraditório e à fundamentação das decisões, razão pela qual estes se apresentam como condições de participação e de diálogo racional, inarredáveis para a consecução de um processo civil dotado de legitimidade democrática.

Por fim, ao ponderar todas as mencionadas perspectivas, concluiu-se que os direitos ao contraditório e à fundamentação das decisões se relacionam também de forma complementar. Assim, a plenitude de um é condição para a efetividade do outro. Nota-se que a decisão judicial pode encerrar o diálogo processual, findando o ciclo do contraditório. Mas esta mesma decisão, por seus fundamentos, pode dar

azo a um novo ciclo de discussão, debatendo-se novos temas, ou até mesmo rediscutindo-se questão não concluída devidamente. A fundamentação das decisões é ponto de chegada, mas também ponto de partida do contraditório. Lá se reúnem, dialeticamente, as razões da pretensão autoral, da defesa e do juízo.

Se por um lado um contraditório efetivo assegura a oportunidade de influência, afastando decisões surpresa, já que obriga o órgão julgador a considerar as razões debatidas na fundamentação dos pronunciamentos decisórios; por outro, a fundamentação das decisões só cumpre suas funções, endoprocessuais e extraprocessuais, se levar em conta os argumentos discutidos em contraditório, justificando-se, interna e externamente.

Esclarecida a conexão entre os direitos fundamentais processuais ao contraditório e à fundamentação das decisões, empregou-se o referido nexos como eixo na aplicação de algumas situações, realizando-se uma verificação de cariz técnico.

Do exame da concessão de medida liminar inaudita altera parte, da delimitação do objeto litigioso do processo, das questões reconhecíveis de ofício, do direito às provas, da aferição da congruência da decisão judicial, do sistema de nulidades, da intervenção do *amicus curiae*, da impugnação das decisões judiciais, e da fase ou do processo de execução, foi possível concluir que em todos estes casos a relação entre o contraditório e a fundamentação das decisões se apresenta como condição de legitimidade do mecanismo processual empregado, bem como da decisão obtida, a partir da imperiosa consideração dos argumentos de ambas as partes. Nas situações excepcionais em que não seja possível o contraditório prévio, a sua efetivação na modalidade diferida ou postergada precisa ser realizada o mais brevemente possível, a fim de que os argumentos então levantados possam influenciar na decisão do caso. Havendo a postergação ou a mitigação do contraditório, é imprescindível que a fundamentação da decisão seja robustecida, no intento de viabilizar, se for o caso, o contraditório eventual. Ainda, quando a legislação permitir uma fundamentação não exaustiva, o debate em contraditório há de ser potencializado, para que a discussão acerca das questões levantadas seja plena e satisfatória, diminuindo-se o risco de reformas, anulações ou rescisões das decisões proferidas. O primordial é que os pontos relevantes ao debate processual sejam enfrentados de forma colaborada, tendo em vista um processo permeado pelo diálogo, quer na fase ou processo de conhecimento, incluindo suas etapas

postulatória, saneatória, instrutória, decisória e recursal; quer nos processos cautelares; bem como na fase ou processo executivo.

Diante dos resultados levantados, fica claro que o modelo de Estado de Direito constitucional e democrático brasileiro reclama a participação pelo processo e no processo, sendo este mecanismo de comunicação no qual a pluralidade dos sujeitos pode dialogar, de modo colaborado, com o emprego de argumentos racionais. Ainda, o modelo de processo civil brasileiro prevê em seu conceito o contraditar (que proporciona o diálogo, a comunicação intersubjetiva por argumentos) e o fundamentar (que remete à necessidade de motivar, arrazoar os atos praticados). Logo, o Estado Democrático de Direito reclama o processo, o qual implica o contraditório e a fundamentação das decisões. Essa não é uma relação artificial, pelo contrário, é orgânica, e a prática jurídica – e aqui se fala especialmente da processual civil – não pode dilacerá-la. Não mais cabe culpar a técnica, sua falta ou excesso, por abusos ou omissões. É preciso renová-la, ainda que conceitualmente.

Ao fim desta pesquisa chega-se à resposta que o processo civil brasileiro vigente deve se harmonizar com a normatividade imposta pelo dispositivo constitucional que institui o Estado Democrático de Direito. Isto é possível sem reformas legislativas ou emendas constitucionais, sendo necessária apenas uma mudança na prática processual, voltando-a para a participação, o pluralismo, o diálogo, a comunicação, a intersubjetividade, a cooperação, a argumentação e a racionalidade. Muitos trabalhos científicos da área jurídica já propõem o referido tratamento, conforme se apreende das referências bibliográficas que amparam estas conclusões. Mas fica aqui a contribuição de afirmar que um processo jurisdicional civil democrático requer esforços de toda a sociedade, tanto daqueles que nele participam, quanto daqueles que, externamente, controlam a sua legitimidade.

Ao cabo, fica o intuito de enricar o interminável aprendizado democrático. Confessa-se a crença em um deslocamento compartilhado de perspectiva sobre construções tradicionais como solução mais eficiente para a realização da Constituição. Que o caminho para o diálogo – institucionalizado ou não – esteja sempre assegurado, pois ele é o princípio de todo entendimento.

10 REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Reflexões sobre processo e constituição: a tarefa transformadora do processo e a efetividade do Estado Democrático de Direito. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 18, p. 224, jul. 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 73, p. 10, jul. 1994.

_____. A garantia do contraditório. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, 1998, p. 103-120.

_____. Efetividade e processo de conhecimento. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 96, 1999.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 372, p. 77-86, mar./abr. 2004.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 137, 2006.

_____. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **Revista Ajuris**, n. 109, p. 57-71, mar. 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010.

ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 87, p. 63, jul. 1997.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. 1.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: as teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2006.

AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; ALMEIDA; Angela. Direito ao procedimento e/ou direito ao processo para a defesa do meio ambiente. **Revista Seqüência**, n. 63, dez. 2011.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: < <http://www.direitoadoestado.com.br/artigo/humberto-avila/neoconstitucionalismo-entre-a-ciencia-do-direito-e-o-direito-da-ciencia>>. Acesso em: 07 ago. 2012.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 163, p. 50, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 89-154, 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *In*: **Temas de direito processual**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. Garantia do contraditório na atividade de instrução. *In*: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *In*: **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476-565. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BINENBJOM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BORGES, José Souto Maior. **O contraditório no processo judicial**: uma visão dialética. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais**. Material da 1ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG, p. 12-27.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 jan. 2013.

BRASIL. **Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 15 jan. 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei nº. 8046/2010**. Código de Processo Civil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 30 jan. 2013.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, direito e processo**: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria do direito processual civil. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. V. 1.

_____. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 161, jul. 2008, p. 261-270.

_____. **Amicus Curiae**: uma homenagem à Athos Gusmão Carneiro. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/text05.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção de confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2010a.

_____. Contraditório, princípio do. In: TORRES, Ricardo Lobo, *et al.* (Org.) **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010b.

_____. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares - o *amicus* e o *Vertreter des*

öffentlichen Interessen. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 29, n. 117, p. 9-41, set./out. 2004.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, participação e processo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Instrumentalidade do processo e devido processos legal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 102, p. 55-67, abr./jun. 2001.

_____. O magistrado, protagonista do processo jurisdicional? *In*: MEDINA, José Miguel Garcia *et al* (Org.). **Os poderes do juiz e controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua**. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Alexandre%20F%20C%3%A2mara-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

_____. **Requisitos de admissibilidade dos recursos civis**. [s.d.]. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Alexandre%20Freitas%20C%3%A2mara\(2\)-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Alexandre%20Freitas%20C%3%A2mara(2)-%20formatado.pdf)>. Acesso em 15 jan. 2013.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Jurisdição no processo civil: uma visão crítica**. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. Norma e processo na crença democrática. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 110, p. 325-349, abr./jun. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e déficit procedimental. *In*: **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

_____. Das constituições dos direitos à crítica dos direitos. **Revista de Direito Público**, v. 1, n. 7, jan./fev./mar., 2005.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada. **Revista de processo**, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 220-225, jan./mar., 1996.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: EDIJUR, 2012.

_____. **Sistema de direito processual civil**. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. V. 1.

_____. **Sistema de direito processual civil**. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. V. 2.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia**: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHIOVENDA, Guiseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico*. Trad. Miguel Carbonell. **Isonomia**, n. 16, abr. 2002. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/90250622101470717765679/isonomia16/isonomia16_06.pdf?portal=4>. Acesso em: 07 ago. 2012.

COMOGLIO, Luigi Paolo. _____. *Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, p. 133, out. 2002.

_____. *Il "giusto processo" civile in Italia e in Europa*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 116, p. 97, jul. 2004.

_____. *Garanzie minime del "giusto processo" civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 112, p. 159, out. 2003.

_____. *Garanzie costituzionali e "giusto processo" (modelli a confronto)*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 90, p. 95, abr. 1998.

_____; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile: il processo ordinario ddi cognizione**. 4 ed. Bologna: Il Mulino, 2006. V. 1.

CONSTANT, Benjamin. *Da Liberdade dos Antigos Comparada á dos Modernos*. **Revista de Filosofia Política**, n° 2, 1985, pp. 9-25.

COPI, Irving. **Introdução à lógica**. 2 ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

COURA, Alexandre Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional**: para análise crítica da "jurisprudência" dos valores à luz da teoria discursiva de Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

COUTURE, Eduardo. *Las garantías constitucionales del proceso civil*. In: **Estudios de derecho procesal civil**: tomo I – la Constitución y el proceso civil. 3 ed. Bueno Aires: Depalma, 1998.

_____. **Introdução ao estudo do processo civil.** Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DANTAS, Miguel Calmon. O direito fundamental à processualização: fundamento para uma teoria geral do processo. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria do processo:** panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2007 p. 683-736.

DARÓS MALAQUIAS, Roberto Antônio. A função social do processo no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2010.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Augusto Rodrigues. **Amicus curiae:** instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2008.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *In*: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Processo e Constituição:** estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; FIORATTO, Débora Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do estado democrático de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito–PUC Minas Serro**, n. 1, p. 112-138, 2010.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo:** essa desconhecida. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2009. V. 1.

_____. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil e ao processo de conhecimento. 15 ed. Salvador: Juspodivm, 2013. V. 1.

_____; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarna. **Curso de direito processual civil:** direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: Juspodivm, 2007. V. 2.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil:** meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2009. V. 3.

_____; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil:** processo coletivo. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2008. V. 4.

_____, *et al.* **Curso de direito processual civil: execução**. Salvador: Juspodvim, 2009. V. 5.

_____. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 127, p. 75, set. 2005.

_____. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 187, set. 2010a.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 198, p. 213, ago. 2011.

_____. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo CPC. **Revista Eletrônica AJDD – Artigos Jurídicos e Direito em Debate**, v. 3, a. 2, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.reajdd.com.br/html/ed3-5.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

_____. **A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

_____. **O direito de ação como complexo de situações jurídicas**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br>>. Acesso em: 16 mar. 2013.

_____. O juízo de admissibilidade na teoria geral do direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, a. 4, v. 6, p. 322-354, jul. / dez. 2010b. Disponível em: <http://redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf#page=322>. Acesso em: 15 jan. 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004a. V. 1.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004b. V. 3.

_____. O conceito de mérito em processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, p. 20, abr. 1984.

_____. O Princípio do contraditório e sua dupla destinação. *In*: **Fundamentos do processo civil moderno**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 517-528.

EDMUNDSON, Willian A. **Uma introdução aos direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares**. [s.d.]. Disponível em: <

<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio%20-formatado.pdf>>. Acesso em 15 fev. 2013.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campoinas: Bookseller, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A revisão da doutrina democrática. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 1, p. 19, out. 1992.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. A motivação: conceitos fundamentais. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. (Org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Constitución y processo civil na Latinoamérica. México: UNAM, 1974.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Três ordens de questões no processo cautelar: preliminares, prejudiciais e mérito cautelar. *In*: Arruda Alvim; Eduardo. (Org.). **Inovações sobre o direito processual civil**: tutelas de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 393-420.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 143, p. 191-209, jul./set. 1999.

GOMES, Luiz Flavio. Estado constitucional e democrático de direito e o devido processo criminal. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2007 p. 507-540.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 172, p. 32, jun. 2009.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *In*: **Novos Estudos Jurídicos**, a. 7, n. 14, p. 9-68, abr. 2002.

_____. Contraditório, o princípio do. *In*: BARRETO, Vicente Paulo. (Org.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo: defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. *In*: **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 1-16.

_____. As garantias constitucionais do processo: O conteúdo da garantia do contraditório. *In: Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 17-44.

_____. Princípios processuais fora do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 147, p. 307, mai. 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. **Teoria processual da Constituição**. 3 ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais. *In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, V. I.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, V. II.

_____. O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *In: Era das transições*. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

_____. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. *In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Org.). Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003b.

_____. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. *In: A inclusão do outro*. Trad. George Sperber e Paulo Soethe. São Paulo: Loyola, 2002a.

_____. Acerca da legitimação com base nos direitos humanos. *In: A inclusão do outro*. Trad. George Sperber e Paulo Soethe. São Paulo: Loyola, 2002b.

_____. Sobre a lógica dos discursos jurídicos. *In: A inclusão do outro: discursos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002c.

_____. Três modelos normativos de democracia. Trad. Gabriel Cohen e Álvaro de Vita. *In: Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 36, p. 39-54, 1995.

_____. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. *In: Estudos Avançados*, São Paulo, v. 3, n. 7, dez. 1989. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141989000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 25 set. 2012.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Relação processual e contraditório nas diversas espécies de execução. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 114, p. 301, mar. 2004.

KNIJNIK, Danilo. Os “*standards*” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 353, p. 15-52, 2001.

KNOPFHOLTZ, Alexandre. As dimensões do processo: Análise à luz dos direitos fundamentais. **Revista Jurídica do Centro Universitário Curitiba**, v. 16, n. 10, p. 9-35, 2011.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LACERDA, Galeno. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LANDA ARROYO, César. *Teoria de los derechos fundamentales*. In: **Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n. 6, p. 71, enero/junio 2002.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamago. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Mônia Clarissa Henning, Jurisdição constitucional aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. **Revista de Direito Público – RDP**,

_____. Estado de direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. O Garantismo Processual e Direitos Fundamentais Líquidos e Certos. *In*: MERLE, Jean Christophe; MOREIRA, Luiz. (Org.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, v. 1, p. 335-343.

_____. Processo Civil e Sociedade Civil. *In*: Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Teresa Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim. (Org.). **Direito Civil e Processo**: Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1, p. 1136-1141.

_____. Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático. **Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**. Disponível em: <
http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf >. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. Processo e Democracia: a ação jurídica como exercício da cidadania. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 161, p. 324-338, 2008.

_____. Direitos Fundamentais do Processo na Desnaturalização dos Direitos Humanos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 9, p. 89-100, 2006.

LEBRE DE FREITAS, José. **Introdução ao processo civil**: conceitos e princípios gerais à luz do código revisto. Coimbra: Coimbra, 1996.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1980.

_____. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, p. 79, jan. 1983.

LOPES, João Batista. Contraditório, paridade de armas e motivação da sentença. *In*: MEDINA, José Miguel Garcia *et al* (Org.). **Os poderes do juiz e controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LUCHI, José Pedro. A lógica dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado. *In*: _____. (Org.). **Linguagem e socialidade**. Vitória: EDUFES, 2005, p. 179.

_____. Para uma teoria deliberativa da democracia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 43, n. 172, p. 73-83, out./dez. 2006.

_____. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. **Revista Juris Plenum**, v. 1, n. 100, p. 9, mai. 2008.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido Processo Legal Substancial. *In*: DIDIER JR, Fredie. (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n.º. 16, mai./jun./jul./ago. de 2007.

_____. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo.** [s.d.] Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 07 ago. 2012.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. **A comunidade aberta de interpretes da Constituição:** o *amicus curiae* como estratégia de democratização da busca do significado das normas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo:** curso de processo civil. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, V. 1.

_____. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 852, p. 11, out. 2006.

_____. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 918, p. 351, abr. 2012.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil:** comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil:** teoria geral do processo civil. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1981. V. 1.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ensaio sobre o processo como disciplina do exercício da atividade estatal. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria do processo:** panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2007 p. 261-285.

MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. O princípio do devido processo legal revisitado. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 120, p. 263, fev. 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, a. 40, n. 90, p. 15-30, jan./jun. 2010.

_____. Motivação da decisão judicial: poderes do Tribunal no julgamento da apelação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 907, p. 235, mai. 2011.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno:** parte geral e processo de conhecimento. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional, **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, a. 1, n. 1, p. 91-134, abr./jun. 2003.

MITIDIERO, DANIEL. Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 372, p. 77-86, mar./abr. 2004.

_____. Direito fundamental ao processo justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v. 45, p. 22-34, 2011.

_____. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, abr. 2012, p. 61.

MONTEIRO, Tadeu Geraldo. Democracia deliberativa. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **A causa de pedir nas ações de responsabilidade civil, o aforisma *luri novit cúria* e o princípio do contraditório**. Disponível em: <
<http://www.professordanielneves.com.br/artigos/201011151756400.causadepedir.pdf>
 >. Acesso em 15 jan. 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas constitucionais. Curitiba: Juruá, 2012.

_____; et al. **Curso de direito processual civil**: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 126.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Nulidade da sentença e o pedido da congruência**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLSEN, Ana Carolinas Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2009.

OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. In: **Doxa**, v. 14, p. 169-194, 1993. Disponível em: <
http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2012.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal**: direito fundamental do cidadão. Coimbra: Almedina, 2009.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. *In: Virtuajus - Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas*, Belo Horizonte, a.2, n.1, agosto de 2003. Disponível em <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Prod_Docente_Ano2.html>. Acesso em 05 out. 2012.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/2010. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 6, p. 49 e 77. Disponível em: < <http://www.redp.com.br/>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTARROZ, Daniel. **Lições de direitos fundamentais no processo civil**: o conteúdo processual da Constituição Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 121

POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional*. **Doxa**, v. 210II, 1998, 339. Disponível em:< http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_25.pdf?portal=4>. Acesso em: 07 ago. 2012.

PROTO PISANI, Andrea. **Lezione di diritto processuale civile**. 5 ed. Napoli: Jovene, 2006, p. 201.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RICCI, Edoardo F. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. *In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 492-499.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSA, Alexandre Moraes da. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. *In: Novos Estudos Jurídicos – NEJ*, v. 11, n. 2, p. 219-233, jul./dez. 2006.

SANTOS JUNIOR, Sândalo Vianna dos. A legitimidade das decisões proferidas no exercício da jurisdição constitucional. *In: Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

_____. **Notas sobre a relativização da coisa julgada**. 2012. Artigo – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. *No prelo*.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. *In: Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. V. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 1.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1990. V. 2.

_____. **Primeiras linhas de processo civil**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 3.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, a. 3, n. 11, p. 111-156, out./dez. 2005.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In: NOVELINO, Marcelo (Org.). Leituras complementares de direito constitucional – teoria da constituição*. Salvador: Juspodivm, 2009.

SCHIAVELLO, Aldo. *Neocostitucionalismo o necositutucionalismi?* **Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica**, n. 3, nov. 2003. Disponível em: <http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2003_n3/monografica_a/D_Q-3_Schiavello.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2012.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./nov./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>>. Acesso em 07 ago. 2012.

SCHILLACI, Angelo. *Derechos fundamentales y procedimiento, entre libertad y seguridad*. **Revista de Derecho Constitucional Europeo – ReDCE**, a. 7, n. 13, ene./jun. 2010, p. 215-216.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Norma, contingência e racionalidade: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. O Estado Democrático de Direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 635, p. 7, set. 1988.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.

SILVEIRA, Paulo Silveira. **Devido processo legal (*due processo of law*)**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVEIRA DE OLIVEIRA, Bruno. **Conexidade e efetividade processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; LIMA NETO, Francisco Vieira. Notas sobre o devido processo constitucional, o litisconsórcio e os processos coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 36, n. 191, jan. 2011, p. 19-40.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 274.

STRECK, Lênio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 40, n. 45, p. 257-290, jan./jun. 2006.

TARUFFO, Michele. *Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 47-50.

_____. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

_____. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialética. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 143, p. 65, jan. 2007.

_____. **Idee per una teoria della decisione giusta**. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.dirittosuweb.com/aree/rubriche/record.asp?idrecord=594&cat=19>>. Acesso em 25 jan. 2013.

TARZIA, Giuseppe. O contraditório no processo de execução. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 28, p. 55, out. 1982.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

TEIXEIRA, Welington Luzia. Da natureza jurídica do processo à decisão judicial democratizada. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, a. 25, n. 28, jan./jun. 2009, p. 177-206.

_____. Direito processual constitucional. **Revista Estação Jurídica**, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 28-43, out./nov. 2009.

_____. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD**, v. 2, n. 1, jan./jun. 2010, p. 64-71.

_____; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 168, p. 107, fev. 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 56, p. 223, out. 1989.

_____. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC: análise e proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 190, p. 257, dez. 2010.

_____. Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta. **Revista Digital**, IAB, a. 2, n. 8, out./dez. 2010, p. 114-142. Disponível em: < <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-3545.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

_____; TUCCI, Rogério Lauria. **Constituição de 1988 e processo**: regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

VALE, André Rufino. **A estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Almeida de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo de conhecimento. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. V. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial. In: _____. (Coord.). **Aspectos**

polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Nulidades do processo e da sentença.** 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 168, p. 53, fev. 2009.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo constitucional:** o modelo constitucional de processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Democracia e Judiciário na (re)politização do direito: notas para o papel dos juízes e do Judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de Democracia (Parte I). *In*: MEDINA, José Miguel Garcia *et al* (Org.). **Os poderes do juiz e controle das decisões judiciais:** estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZOLLINGER, Marcia Brandão. **Proteção processual aos direitos fundamentais.** Salvador: Juspodivm, 2006.